

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

A PROVA ILÍCITA E A PERSECUÇÃO CRIMINAL

**CURITIBA
2015**

LUCAS TELES LAURIANO

A PROVA ILÍCITA E A PERSECUÇÃO CRIMINAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro.

**CURITIBA
2015**

Resumo

Partindo da premissa de que processos criminais envolvem alguns dos bens jurídicos de maior relevância para o homem e para a sociedade, o presente trabalho aborda as principais questões atinentes à dialética processual: a pretensão acusatória, em regra, protagonizada pelo Estado; o interesse público na elucidação dos crimes e responsabilização dos culpados, com vistas à pacificação e segurança social; e as garantias individuais de quem responde pela prática de crimes. A discussão central do trabalho é o instituto da prova, particularmente quando foram produzidas de forma ilícita. A prova ilícita é colocada em primeiro plano, sua ilegalidade é investigada de modo que se possam delinear as principais consequências desse fato para a ciência processual. Em que pese ser a prova o meio de excelência para fundamentar uma condenação, a lei, consoante construções doutrinárias que têm origem no direito estrangeiro, impõem limites ao direito de prova. O trabalho revisita a história das construções doutrinárias em torno da prova ilícita, recorrendo, em grande parte, ao sistema jurídico norte-americano, e analisa as bases sobre as quais se fundou a mencionada doutrina, para, ao fim, levantar discussões acerca da delicada relação entre direito/dever de acusar e os direitos e garantias do acusado.

Palavras chave: prova ilícita, regra de exclusão, princípio da proporcionalidade.

Abstract

Assuming that criminal cases involving some of the most relevant legal interests for man and society, this paper addresses key issues relating to procedural dialectic: the accusatory function, as a rule, carried out by the state; the public interest in the elucidation of the crimes and accountability of the perpetrators with a view to peace and social security; and the earmarking of those responsible for the crimes. The central argument of the work is the institute of proof, particularly when they were produced illegally. The illegal evidence are placed in the foreground, its illegality is investigated so that they can outline the main consequences of this for procedural science. Despite being proof the technology of choice to support a conviction, the law, as doctrinal constructs that originates in foreign law, limits on the right to test. The work revisits the history of doctrinal constructions around the illegal evidence, using largely the US legal system, and analyzes the foundations on which was based the said doctrine, for in the end, raise discussions about the delicate relationship between right / duty to prosecute and the rights and guarantees of the accused.

Keywords: illegally evidence, exclusionary rule, reasonableness.

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. Provas Ilícitas e a Ciência Processual	8
2.1. O Conceito de prova Ilícita e Acepções do Termo	11
2.2. A Prova Ilícita no Direito Brasileiro	13
2.3. A verdade real e a persecução penal pelo estado	15
2.4. Princípio da Presunção da Inocência (ou da não-culpabilidade).....	18
2.5. O Livre Convencimento Motivado	19
3. A História das Provas Ilícitas	21
3.1. <i>Mapp vs. Ohio</i> : uma visita inesperada e a injustiça bate a porta	21
3.2. A Quarta Emenda e a regra de exclusão	25
3.3. O Desenvolvimento da <i>Exclusionary Rule</i> e seus desdobramentos	28
3.4. A decisão do caso <i>Mapp v. Ohio</i> pela Suprema Corte Americana	30
3.5. O efeito <i>Mapp</i> . para a sociedade e a justiça	31
3.6. O criminoso está solto porque a polícia errou	33
4. Exceções à Inadmissibilidade das provas ilícitas.....	35
4.1. Os efeitos da regra de exclusão para a persecução criminal.....	36
4.2. O princípio da proporcionalidade.....	45
4.3. Dimensões do Princípio da Proporcionalidade.....	48
4.4. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência Brasileira.....	49
4.5. Tipos de colisão	50
4.6. A prova ilícita em favor do acusado	51
4.7. A prova ilícita contra o acusado	52
5. Conclusão	59
6. Bibliografia.....	62

1. Introdução

Nem sempre uma alegação está alicerçada na verdade, assim como, nem sempre, por detrás de uma pretensão reside um direito. Com a formação da relação processual, o juiz, impedido que está de alcançar a certeza absoluta acerca dos fatos passados, deve realizar a gestão das provas na tentativa de equacionar o conflito. Disse OVÍDIO BAPTISTA, *“se todo direito, como fenômeno social, existe nos fatos sobre os quais eventualmente se controverte, compreende-se a importância para o processualista do domínio seguro dos princípios e dos segredos do direito probatório”*¹. De nada adianta acirrados debates se não há provas.

A questão fica ainda mais importante no processo penal, onde impera o princípio da verdade real. Em matéria processual civil, o juiz, na maioria dos casos, pode se satisfazer com a verdade formal, limitando-se, desse modo, a acolher o que as partes levam ao processo e, eventualmente, rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. Entretanto, conforme advertem ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO, *“no processo penal o fenômeno é inverso: só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal”*². A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes. Nesse particular, impera na ciência processual, especialmente em matéria criminal, o princípio da livre investigação das provas. Com efeito, *“é tão absoluto o princípio [...], que mais correto seria falar nas exceções ao princípio, que são notavelmente escassas”*³.

É certo, porém, que não deve existir liberdade plena na admissibilidade dos meios de prova, seja porque este pode não possuir suporte científico apto para sustentar seu acolhimento em juízo; seja porque ofenderia a própria dignidade da parte ou de terceiro, configurando, assim, uma violação pessoal intolerável.

Ao passo que o legislador, no Código de Processo Penal, inaugurou o capítulo sobre a prova com a adoção implícita do princípio da liberdade dos meios

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT. p. 337.

² CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 71.

³ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 72.

de prova⁴, preocupou-se, logo em seguida, em afastar do processo a utilização da prova ilícita, assim entendida como aquela obtida em violação a norma legal ou constitucional⁵. A vedação das provas ilícitas no ordenamento brasileiro não foi singela, sendo elevada a condição de garantia constitucional com a sua previsão no art. 5º, no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal⁶.

Em que pese ser uma garantia essencial a favor do indivíduo, e necessária para a manutenção do Estado de direito, a vedação da prova ilícita tem ensejado acaloradas discussões já há algum tempo, tanto na doutrina nacional quanto estrangeira. Desde o seu desenvolvimento, especialmente no sistema jurídico americano, a *exclusionary rule* – como originalmente é conhecida, fazendo referência a regra de exclusão das provas ilícitas do processo criminal – sempre foi objeto de intensos debates pela doutrina, possivelmente por ser uma regra de prova que se coloca entre a atividade acusatória e os direitos de quem responde ao processo criminal. Verificam-se, pois, motivos mais que suficientes para justificar a presente pesquisa sobre o tema.

⁴ Código de Processo Penal, art. 155, caput: o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁵ Código de Processo Penal, art. 157, caput: são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁶ Constituição Federal, art. 5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

2. Provas Ilícitas e a Ciência Processual

O Direito é uma espécie de linguagem técnica e científica que possui estrutura intensamente especializada, que corresponde aos seus procedimentos práticos. O Direito opera uma reconstrução dos comportamentos dos indivíduos numa linguagem jurídica. Esta reconstrução reveste o mundo jurídico com certa parcela de ficção, uma vez que reconstrói fatos da realidade na tentativa de interpretar seus significados, provocando um distanciamento entre o concreto e o abstrato. Isto se evidencia, talvez, em todos os ramos do Direito, e o Processo Penal não foge a essa regra.

Com efeito, a técnica indispensável para a limitação da responsabilidade penal do indivíduo consiste no isolamento de sua ação voluntária, assim tipificada pela lei, pois é sobre ela que se concentra a aplicação da pena. Contudo, neste processo, é necessário que o juiz tenha plena convicção do distanciamento que existe entre o modo de interpretação do conflito e a realidade.

Sabidamente versou o poeta FERNANDO PESSOA:

encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Não raro é possível observar o ocorrido nas mais diversas situações da vida. As ideias de verdade e de certeza, em muitos casos, dependem do crivo da racionalidade e consensualidade dos homens. Ocorre que, muitas vezes, um desígnio próprio não encontra ressonância na opinião alheia, fazendo surgir, desse modo, o problema da desarmonia. Afastada como teve de ser, necessariamente, a defesa privada, levada a efeito por seu próprio titular, em regime de autotutela⁷, seja

⁷ A necessidade do processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou de outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica estatal, à medida que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, afasta-se definitivamente a possibilidade das reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito. A ideia de

porque este tipo de realização do direito gera uma constante intranquilidade e compromete irremediavelmente a convivência social, seja porque a realização privada do direito nem sempre resultará na vitória daquele que efetivamente tinha razão, as pretensões daqueles que se digam titulares de algum direito, eventualmente ameaçado, ou já vulnerado por quem deveria cumpri-lo, serão submetidas a uma apreciação pelo judiciário para certificação de sua verdadeira existência e legitimidade⁸.

Assim, havendo o conflito, sempre que o direito não se realiza naturalmente pelo espontâneo reconhecimento do obrigado, seu titular, impedido como está de agir por seus próprios meios, terá de submeter-se ao Estado, remetendo, desse modo, à ideia de jurisdição. Sabe-se que no processo a verdade é sacrificada em favor do interesse privado. Não se pode, desse modo, levar em consideração a verdade do autor, até porque iníqua, está diretamente contraposta a verdade do réu.

Ao passo que sob a ótica de um conflito podem existir inúmeras verdades, a depender de quem narra, à atividade do juiz só caberá uma sentença. Esse, por assim dizer, é o desafio e o drama do juiz: decidir sobre as possíveis verdades dentre as quais somente uma prevalecerá, e julgar a honra e a vida dos homens sem que isso recaia em mera tarefa administrativa ordinária.

A sentença judicial tem como principal característica a definitividade de seu veredito, é a *ultima ratio* para a realização da justiça no Estado de direito. Nesse ponto, revela-se a importância do processo e do órgão jurisdicional. Não obstante os diversos graus de jurisdição submetidos à apreciação da causa, o processo levará, inexoravelmente, a palavra final sobre os conflitos. Mais importante que conhecer bem os livros, é necessário que o juiz conheça bem os homens. É essa sabedoria que vai conduzir os conflitos à justa e eficaz responsabilização penal.

Conforme apontou CARNELUTTI:

Alguém é acusado de um assassinato. Mas será verdade? O dono da coisa sustenta que outro a ocupa sem título; mas esse tal, na maioria das vezes, sustenta pelo contrário que o tem. O credor afirma que não recebeu; mas, e se for mentira? Qualquer um verá

processo afasta a ideia de instantaneidade da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar sua própria legitimidade. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT. p. 13.

⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT. p. 14.

que antes do carcereiro ou do oficial de justiça entra em jogo outra figura: o juiz – este é verdadeiramente uma figura de primeiro plano. Assim, ao lado da lei, coloca-se o juízo como uma das figuras fundamentais ao direito⁹.

É certo, também, que nenhum juiz opera sozinho. Nesse sentido, é sabido que no desempenho da complexa tarefa de identificar a legítima pretensão dentre diferentes litigantes, o juízo se vale de alguns meios pelos quais buscará a reconstrução dos fatos e, em última análise, o reconhecimento do direito e a liquidação da lide. Equidistante das alegações, a autoridade busca nas provas a veracidade. A prova é, portanto, o elemento de convicção do juiz. As provas constituem o verdadeiro cerne do processo, são as fermentas por excelência do magistrado na formação de sua convicção, e, conseqüentemente, representam um degrau para a concretização da justiça. Os elementos probatórios representam, desse modo, os olhos do processo, a estrutura sobre a qual se ergue toda a dialética processual.

Sem provas válidas e idôneas, de nada adianta o desenvolvimento de aprofundados debates doutrinários e variadas linhas jurisprudenciais a respeito de temas jurídico-criminais, pois a discussão careceria de objeto. Como bem definiu CLAUS ROXIN, "*probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho*"¹⁰. Ao passo que princípio da legalidade defende que não há conduta criminosa senão em virtude de lei, tampouco pena sem a devida cominação legal, as provas também vêm favorecer a segurança jurídica e a garantia de um sistema de justiça equitativo, no instante em que impossibilitam a condenação quando não apoiada em respeitável arcabouço probatório. As provas colaboram em definir o culpado e o limite da culpa.

As provas estão intimamente ligadas à verdade das questões e dos fatos envolvidos no caso, sendo fundamentais, portanto, ao exercício do direito de ação e de defesa. Trata-se de um direito subjetivo com viés constitucional que tem por objetivo a demonstração da realidade.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. Como Nasce o Direito. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder Cultura Jurídica Ltda, 2001. p. 48.

¹⁰ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p.185

2.1. O Conceito de prova ilícita e Acepções do Termo

Conforme doutrina majoritária¹¹, o vocábulo prova comporta algumas possíveis acepções. Em suma, podemos resumi-las em três sentidos distintos: *prova como atividade probatória* – este sentido denota um conjunto de atividades mediante as quais se verifica a veracidade ou a exatidão de um fato alegado pela parte no processo. Nesta perspectiva, a prova estaria identificada e caracterizada pela produção dos meios e dos atos praticados no processo visando o convencimento do juízo acerca da falsidade ou da veracidade dos fatos e elementos relevantes para a causa.

Sob outra abordagem, existem as *provas como resultado*: nesse sentido, estamos diretamente ligados ao alcance dos fins aos quais se pretendiam quando da realização da atividade probatória. Em outras palavras, o resultado será caracterizado pelo sucesso (ou insucesso) na formação da convicção do juízo, no curso do processo, quanto à existência ou inexistência de determinada situação fática. Ainda que não seja possível a reconstrução perfeita da realidade passada, é plausível falarmos em um conhecimento processual verdadeiro acerca dos fatos, adquirido como resultado de uma atividade probatória.

Por fim, é possível assimilar o termo prova como *meio de prova*: trata-se dos meios, dos instrumentos, das ferramentas legais passíveis de utilização pelas partes com o intuito de demonstrar a veracidade de suas alegações e impactar na convicção do juízo. As três possíveis definições são largamente utilizadas pela doutrina uma vez que, quando se fala em prova, pode-se estar referindo-se ao exercício de provar, da ferramenta utilizada, ou do resultado alcançado.

No sentido técnico-processual, prova é tudo aquilo que é levado ao conhecimento do julgador na expectativa de convencê-lo dos fatos ou de um ato processual. Com efeito, o destinatário imediato da prova é o próprio magistrado, pois é ele quem formará seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. Certa parcela da doutrina, contudo, costuma apontar as partes como destinatários mediatos das provas¹². Afinal, quanto mais robusto for o manancial probatório mais

¹¹ TÁVORA, Nestor. ASSUMPÇÃO, Vinicius. Processo Penal II: Provas – questões e processos incidentes. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

¹² TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 388.

facilmente as partes vão se convencer, e quando as partes se convencem temos, em tese, a pacificação social. Evita-se assim a sensação de impunidade ou o desejo de realização de justiça com as próprias mãos.

Como se sabe, será objeto de prova todo fato, circunstância ou alegação sobre os quais pese incerteza, e que são de necessária comprovação perante o juízo para a resolução do processo. São, desse modo, os fatos capazes de influir na convicção do magistrado e no resultado do processo – na responsabilização penal e na fixação da pena. Em suma, como corolário da economia processual, somente esses fatos merecem ser alcançados pela atividade probatória.

Há, contudo, fatos que independem de prova e dispensam qualquer meio para a certificação de sua veracidade. São os *fatos intuitivos – ou axiomáticos*: aqueles que são por si só evidentes. E a evidência, neste caso, provém da certeza que se tem sobre algo. Dizemos que a convicção já está formada. O art. 162, parágrafo único, do Código de Processo Penal, por exemplo, permite a dispensa da realização do exame de corpo de delito interno no caso de morte violenta quando as lesões foram de tal monta que torne evidente a causa da morte¹³. Do mesmo modo, também é dispensada a prova no caso dos fatos notórios, pois são aqueles cujo conhecimento é parte integrante da cultura da sociedade. As presunções legais, por seu turno, admitem a possibilidade de prova em contrário quando for o caso de presunção relativa.

Como é possível notar, com exceção das circunstâncias supracitadas, todos os fatos restantes deverão ser objeto de prova. Importante ressaltar que isso inclui também os fatos admitidos pelas partes. Ao contrário do que ocorre no processo civil, na justiça criminal, até mesmo os fatos admitidos pelas partes deverão ser provados, não valendo a regra da presunção de veracidade pelos fatos não contestados.

¹³ Código de Processo Penal, art. 162, *caput*: a autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto. *Parágrafo único*: Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

2.2. A Prova Ilícita no Direito Brasileiro

A Constituição Federal tratou do assunto no art. 5º, LVI, ao dispor que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Foi a primeira vez que o ordenamento brasileiro positivou o instituto, e a localização escolhida pelo legislador constituinte foi das mais nobres, incluindo a vedação às provas ilícitas no rol do Título II da Constituição, dentre os direitos e garantias fundamentais.

A Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, alterou o art. 155 e seguintes, do Código de Processo Penal, inserindo a temática na lei processual. Com efeito, dispõe o art. 157 que *“são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”*. Nos termos do §1º do referido dispositivo, *“são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”*. Tais previsões introduziram no direito brasileiro a doutrina da *“fruits of the poisonous tree”* e *“independent source”*, ambas oriunda do direito norte-americano¹⁴.

Como visto, a constituição federal e a lei processual vedam a utilização no processo das provas obtidas por meios ilícitos. São as chamadas provas vedadas ou proibidas. Tratam-se, pois, de produções probatórias realizadas em evidente contrariedade ao direito, com violações dos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico.

Amparados na lição de GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO¹⁵, parte da doutrina preocupa-se em diferenciar as provas de acordo com a qualidade de sua ilicitude. Desse modo, prova vedada – ou proibida – constitui um conjunto do qual são integrantes as provas ilícitas e ilegítimas. Ilícita, segundo esse entendimento, são as provas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais, enquanto ilegítimas são aquelas normas processuais e

¹⁴ Sobre o tema vale a referência ao caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* e *Nix v. Williams*, ambos julgados pela Suprema Corte Americana. Disponíveis em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7ª. Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 133.

princípios constitucionais de mesma espécie¹⁶. RANGEL, complementando a doutrina, alerta para aquelas provas que, ainda que permitidas pela legislação processual, não observaram os critérios e formalidades quando da sua produção, sendo chamadas de provas irregulares¹⁷.

Em sentido diverso, certa parcela da doutrina e jurisprudência prefere distinguir a prova ilícita – como sendo aquela caracterizada por uma ofensa aos direitos de maior relevância do acusado, especialmente as garantias constitucionais – das demais irregularidades em matéria probatória, que deverão ser tratadas pelo regime das nulidades processuais. Neste segundo caso, reserva-se ao magistrado um juízo de valor sobre eventual prejuízo imposto ao acusado, de modo que se possa anular o ato irregular.

A primeira distinção trabalhada tem utilidade especialmente didática, pois, sendo ilícita a prova, é vedada pelo ordenamento, porque em qualquer caso haverá manifesta ilegalidade, ambas as espécies estão censuradas pela Constituição.

Como vimos, ainda que em conformidade com a lei penal ou processual, a ilicitude pode ocorrer por violação a princípios constitucionais. Trata-se de garantia defendida pela lei maior contra violações que comumente podem ocorrer quando do exercício da pretensão acusatória pelo estado. Vimos que o exercício do direito de prova, ainda quando necessário na busca do convencimento do magistrado acerca

¹⁶ Nesse ponto, RANGEL ensina que: “A vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: será prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual, e será ilícita quando a ofensa for ao direito material. São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (cf. art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (cf. art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/96); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (cf. art. 5º, III, da CRFB). São provas ilegítimas, v.g., as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210 c/c 226 c/c § 2º do art. 243, todos do CPP. São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas”. TÁVORA, Nestor. ASSUMPÇÃO, Vinicius. Processo Penal II: Provas – questões e processos incidentes. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

¹⁷ Nestor Távora, citando PELLEGRINI e RANGEL: “As provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei n. 9.455/97); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei n. 9.296/96). (ii) As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º, CPP). (iii) As provas irregulares: para parte da doutrina, seriam irregulares as provas permitidas pela legislação processual, porém obtidas em desacordo com as formalidades por ela exigidas (RANGEL, 2003, p. 417). Ex.: busca e apreensão domiciliar em que, embora seja prova admitida, o mandado não atenda aos requisitos formais do art. 243 do CPP, quais sejam, mencionar os motivos e os fins da diligência, ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade que o fez expedir etc. Desta maneira, seria uma prova irregular e, por sua vez, inválida. Entendemos que as provas irregulares estão enquadradas no conceito de provas ilegítimas”. TÁVORA, Nestor. ASSUMPÇÃO, Vinicius. Processo Penal II: Provas – questões e processos incidentes. São Paulo: Saraiva, 2012.

da causa, recebe limitações. A vedação das provas ilícitas constitui verdadeira barreira ao acusador na busca de sua pretensão. Trata-se, pois, de um exercício de ponderação de direitos e garantias, especialmente constitucionais, resultando numa política legislativa que optou por proteger garantias das partes em detrimento da busca pela verdade real. Em última análise, não se pode fazer justiça a todo custo. A vedação de elementos constituídos em contrariedade às normas legais representa um consectário do estado democrático de direito, e deve prevalecer, ainda que em prejuízo da reconstrução dos fatos.

Pode-se sugerir que, em razão da relevância de alguns elementos de prova para o deslinde da causa, em certas ocasiões, fossem elas admitidas no processo – sejam lícitas ou ilícitas. Contudo, ao longo do tempo, a doutrina vem consolidando a posição pela inadmissibilidade total dessas provas. Sacrifica-se, pois, o princípio da verdade real em razão da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda que sob o risco de impossibilitar a apuração da infração penal, o juiz não poderá valer-se, sob qualquer pretexto, de prova obtida por meio ilícito para proferir sua sentença condenatória, ainda que, à sombra daquela prova ilegal, fique irrefutável o esclarecimento da lide e a culpa do acusado.

2.3. A verdade real e a persecução penal pelo estado

Os processos judiciais criminais lidam, em regra, com direitos subjetivos nascidos de fatos passados, os quais não foram presenciados pelo julgador, mas que, necessariamente, passarão pelo seu crivo no momento do exercício de sua atuação jurisdicional. O juízo do magistrado ocorre especialmente com base nas provas produzidas pelas partes. O órgão jurisdicional tem sempre o desafio da reconstrução dos fatos que integram as relações de direito material envolvidas, buscando, sempre que possível, a maior coincidência com a realidade histórica, isto é, com a verdade, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. Trata-se, contudo, de uma tarefa das mais difíceis - quando não impossível - reconstruir a verdade. As provas, dessa forma, funcionam como o instrumento que fornece suporte fático às pretensões litigiosas no processo.

Eis um teorema geral, que pode ser muito útil para calcular a certeza de um fato e principalmente o valor dos indícios de um delito: Quando as provas de um fato se apoiam todas em si, isto é, quando os indícios do delito não se sustentam senão uns pelos outros, quando a força de várias provas depende da verdade de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai à probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, destruindo a única prova que parece certa, derrubais todas as outras. Mas quando as provas são independentes, isto é, quando cada indício se prova à parte, quanto mais numerosos forem esses indícios, tanto mais provável será o delito, porque a falsidade de uma prova em nada influi sobre a certeza das restantes¹⁸.

O célebre trecho extraído da obra dos delitos e das penas, de Cesare Bonesana, marquês de BECCARIA, é reflexo do movimento filosófico-humanitário da segunda metade do século XVIII, ao qual também foram filiadas as produções iluministas de VOLTAIRE, ROUSSEAU e MONTESQUIEU, e cuja repercussão, dentre muitas outras, foi propulsionar o humanitarismo num ambiente do qual esse sentimento fora banido há tempos, o ambiente dos juízos criminais.

A par da repercussão de seus escritos para a justiça em geral, a literatura do filósofo italiano não teve menos importância para o processo criminal. Pautado em inspirações idênticas as do liberalismo igualitário, BECCARIA preocupou-se com uma justiça penal equânime, livre das injustiças e distinções sociais exclusivamente baseadas nos privilégios de certas classes. Reclamou limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos. O julgamento não poderia servir de arma para o direito de vingança. Na base do direito de punir haveria, pois, uma utilidade social.

Sempre foi delicada a relação entre a busca obstinada dos responsáveis pelos crimes, modernamente quase sempre desempenhada pelo próprio Estado, de modo autônomo ao juízo, através do órgão ministerial, e os direitos e garantias de quem é colocado no outro polo de uma acusação criminal. Os direitos e garantias individuais são elementos limitadores desta prerrogativa acusatória, incansavelmente voltada à descoberta do culpado e realização da justiça. Imperou durante um longo período a crença de que a realização da justiça plena estava ao alcance do estado e que a reconstrução dos fatos passados era o meio possível e eficaz para a solução dos delitos.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Saraiva. p. 36.

É necessário extremo cuidado quando, ao tratar de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, alude-se ao conceito de verdade, imaginando-se que a prova de um fato equivalha à demonstração da veracidade de sua existência. Desde JEREMY BENTHAM¹⁹, nota-se uma crescente tendência em considerar a prova judiciária como o elemento de demonstração da verossimilhança, da existência de uma determinada realidade.

O princípio da verdade real rendeu inúmeros frutos aos operadores do processo penal. Em razão da importância atribuída aos direitos materiais discutido no processo criminal, na maioria dos casos a liberdade do indivíduo, vigorou durante um largo tempo a crença doutrinária de que a gravidade das questões penais, por si só, permitia uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, quando comparado ao processo comum. Com efeito, durante um longo período esta convicção justificou a adoção de práticas probatórias das mais distintas, ainda que sem previsão legal, pois autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Talvez o maior efeito do referido princípio para a cultura jurídica do Estado tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva. A inexorável crença segundo a qual a verdade estava, efetivamente, ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. De certo modo, isso significava a legitimação de eventuais desvios de autoridades públicas através do aludido princípio.

Seria uma pretensiosa e pura ingenuidade imaginar que o processo seja um instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos. Aliás, o próprio BENTHAM abre seu célebre tratado de direito probatório afirmando que se deve entender por prova o estabelecimento de "*um fato supostamente verdadeiro*"²⁰.

O paradigma que caiu por terra na legislação e doutrinas mais recentes não olvidou em deixar resquícios na história em matéria processual penal. Em razão da convicção de que a verdade poderia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Desse modo, tudo era válido em nome da verdade, restando justificados os abusos e arbitrariedades por parte das

¹⁹ DUMONT, Estevan. Tratado de las pruebas judiciales: retirado dos manuscritos de Jeremy Bentham. Trad. Dom José Gomez de Castro. v. 1. Madri, 1835.

²⁰ DUMONT, Estevan. Tratado de las pruebas judiciales: retirado dos manuscritos de Jeremy Bentham. Trad. Dom José Gomez de Castro. v. 1. Madri, 1835. p. 19.

autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que prejudicava, por fim, a sua imparcialidade.

2.4. Princípio da Presunção da Inocência (ou da não-culpabilidade)

O princípio da presunção da inocência representa um mandamento basilar da existência do Estado de direito, é especialmente importante para garantir os direitos individuais e o controle da atividade jurisdicional do Estado. Deste princípio derivam duas consequências ou regras fundamentais em matéria processual²¹. A primeira é chamada de regra de tratamento e busca impedir qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, ou seja, visa coibir que o acusado, antes da condenação por um devido processo, seja tratado como culpado aos olhos do Estado.

A segunda regra, esta sim de maior relevância na questão probatória, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade da acusação comprovar a culpabilidade do acusado, que é constitucionalmente presumido inocente. Como consequência direta, a *regra probatória* dispõe que a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

Havendo dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo, a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*, devendo prevalecer em favor do imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora afastar a presunção de não culpabilidade, provando além de uma dúvida razoável que praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. Não havendo certeza, mas, dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2011. p. 917.

2.5. O Livre Convencimento Motivado

O livre convencimento motivado opera como um sistema de apreciação das provas buscando orientar o magistrado na formação de sua convicção, quando ele fará a valoração de todo o material probatório levado aos autos²².

Buscando romper com os sistemas anteriores, notadamente o genuíno sistema da íntima convicção²³ e o sistema de provas tarifadas²⁴, este sistema, também conhecido como persuasão racional, evita qualquer valoração pretérita acerca dos elementos de prova garantindo ao magistrado autonomia no exame dos fatos. Esta liberdade não dispensa, todavia, a fundamentação da decisão. Conforme ressalta PACELLI²⁵, é dizer: *“embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base na argumentação racional”*²⁶.

²² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 341.

²³ Sobre o tema, esclarece RENATO BRASILEIRO DE LIMA que, de acordo com o sistema de apreciação de provas da íntima convicção, também chamado de sistema da livre-convicção ou sistema da certeza moral do juiz, o magistrado é livre para valorar as provas conforme sua certeza, não sendo obrigado a fundamentar sua decisão. Nessa circunstância, o juiz expede seu parecer a respeito da causa sem que seja obrigado a demonstrar as razões empíricas que justifiquem seu convencimento. Na prática, tal modelo permite que o juiz possa sentenciar sem sequer considerar as provas juntadas aos autos, pois a elas não precisaria recorrer, nem tampouco citar. Ressalte-se que, embora o sistema da íntima convicção, de modo geral, não seja compatível com o direito processual brasileiro, notadamente em decorrência da norma contida no art. 93, IX da Constituição Federal, é possível encontra-lo em vigor no Tribunal do Júri, tendo em conta que a decisão naquela corte é resguardada aos jurados, que tem a seu favor a prerrogativa do sigilo nas votações, por força do art. 5º, XXXVIII, da CF. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2011. p. 917.

²⁴ Sobre o sistema de provas tarifadas, RENATO BRASILEIRO leciona tratar-se de um modelo no qual o valor probatório das provas são previamente estabelecidos pelo legislador, como espécies de valores em abstrato, de modo que cabe ao juiz apenas um exercício aritmético de valoração das provas no momento da sentença. Cada prova possuiria, assim, um valor preestabelecido, deixando o magistrado vinculado à mera dosimetria daqueles elementos apresentados. Embora no processo penal brasileiro atual não exista hierarquia de provas, pode-se dizer que há certa preferência atribuída pelo legislador a certos tipos de prova, quando se tratar de determinadas questões pontuais. Com efeito, encontra-se a previsão específica para a realização do exame de corpo delito, em detrimento dos demais meios de provas, quando a infração deixa vestígios, conforme o art. 158 do Código de Processo Penal. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2011. p. 917.

²⁵ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 342.

²⁶ Importante lembrar que, ressalvada as hipóteses das provas repetíveis ou antecipadas, o magistrado não poderá fundamentar a condenação em material colhido unicamente na fase de investigação. Nesse sentido, esclarecedora a redação da lei nº 11.690/08 que alterou, dentre outros, o art. 155 do Código de processo penal, conferindo ao dispositivo a redação atual: *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Tamanha é a importância do sistema do livre convencimento motivado para o sistema jurídico moderno, especialmente em matéria criminal, que a doutrina majoritária não hesitou em inseri-lo como um dos princípios formadores da ciência processual. Com efeito, comparado particularmente aos demais modelos de apreciação de provas, veremos que tal sistema representa uma garantia do cidadão contra arbitrariedades do estado julgador, pois uma decisão fundamentada viabiliza que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

3. A História das Provas Ilícitas

O direito processual penal brasileiro foi influenciado em grande medida pela doutrina e institutos desenvolvidos no direito norte-americano. As normas sobre matéria probatória não são exceções.

Como já dito, conceitos de certo e errado, do o justo e o do injusto estão sempre presos a um determinado tempo e cultura. Se a ofensa a determinado direito fundamental é considerada uma ilicitude, cumpre esclarecer quais são os direitos fundamentais em determinada época, para determinada cultura jurídica. Desse modo, é fundamental revisar o tratamento dispensado às provas no direito americano, e sem recair aqui num juízo valorativo, identificando como os institutos e doutrina de exclusão das provas ilícitas se desenvolveram, até influenciar firmemente o direito positivo brasileiro.

3.1. *Mapp vs. Ohio*: uma visita inesperada e a injustiça bate a porta

Em maio de 1957 oficiais da polícia especial de investigação de Ohio batem a porta da Sra. Dollree Mapp, em Cleveland, US, com a intenção de fazer diligências no interior de sua residência. Tratava-se da investigação dos responsáveis pela explosão de uma bomba na casa de Donald “The Kid” King, sujeito conhecido pelo envolvimento com jogos ilegais na cidade. Inicialmente, as suspeitas recaíam sobre grupos envolvidos em jogos de azar, e o atentado teria sido por algum tipo de retaliação, mas uma denúncia anônima indicou que naquele local, em uma casa na “*Milverton Road*”, eles encontrariam indícios daquele atentado, tal como materiais de política e outros relacionados a jogos de azar.

O que se sucedeu naquele dia foi uma série de atos polêmicos das autoridades policiais que culminaram num dos casos mais emblemáticos da doutrina constitucional e criminal norte-americana.

Dollree Mapp teve sua casa arrombada por oficiais da polícia sob o pretexto de que indícios ali encontrados poderiam elucidar o caso do atentado ocorrido dias

antes. Fundados em denúncia anônima e sem nenhuma autorização judicial²⁷ para as buscas, os oficiais entraram e vasculharam toda a residência à procura de algum elemento de prova, e, ao final, o que deveria ser uma busca relacionada ao crime ora investigado, mais pareceu um esforço para identificar qualquer elemento que pudesse incriminá-la por qualquer delito.

Os jogos de azar na cidade de Cleveland estavam geralmente ligados às classes socioeconômicas menos favorecidas, e representadas, em sua maioria, por pessoas negras. No lado oposto, a polícia local era composta majoritariamente por brancos, fato que, por si só, já era motivo de tensão na cidade. Com efeito:

A polícia por todos os Estados Unidos era parte de uma máquina voltada para manter os negros em “seus lugares”, ignorando garantias constitucionais contra detenções e buscas desarrazoadas e utilizando táticas de “terceiro grau” para ao questionar os suspeitos²⁸.

Na tentativa de conter a prática de crimes, a polícia fazia uso de diversas táticas. Às vezes intimidava os suspeitos, como nas tentativas de desencorajá-los da prática ilegal de jogos de azar. Outras vezes, realizavam prisões mesmo sabendo que isso não resultaria numa persecução penal - muitos desses crimes resultariam em multa ou prisões por um curto período. Desse modo, muitas vezes a prisão temporária era utilizada para obrigar o suspeito a suspender a prática da atividade criminosa, ainda que por um curto período. Ou prendiam e processavam o suspeito para que a exposição ao processo (figurar como réu), o desgaste, tal como as despesas com advogado, servissem como punição, mesmo que a pena aplicada ao final fosse pouco significativa.

A polícia muitas vezes se desvirtuava de sua função institucional, agentes prendiam sem razão, realizavam buscas sem mandado e o faziam sabendo que estavam desrespeitando a lei. Como observou um dos oficiais, o sargento Carl Delau, “os policiais brancos que invadiram a casa da Sra. Dollree Mapp, o fizeram

²⁷ Em aproximadamente metade dos estados americanos a polícia não tinha por hábito utilizar mandados (*judicial warrants*) para cumprir diligências de buscas e apreensões. Ademais, havia sempre a clara possibilidade de que as provas ilícitas fossem futuramente mantidas no processo.

²⁸ “Police throughout America were part of the machinery of keeping blacks “in their place”, ignoring constitutional guarantees against unreasonable arrests and searches and those that barred the use of “third-degree” tactics when questioning suspects”. LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 11.

*com tanta confiança de que não responderiam pela violação dos direitos fundamentais da investigada, por terem entrado em sua residência sem mandado*²⁹.

As buscas resultaram na apreensão de material político e livros sobre romance e sexo. Dollree Mapp foi presa e denunciada pela posse do material obsceno – um crime segundo as leis do estado de Ohio. Embora convicta de sua inocência³⁰, Mapp sabia que o processo seria moroso e caro. Mãe de uma filha e pobre, sua condição não era nada invejável.

O caso *Mapp* foi julgado pelas cortes distrital e estadual de Ohio, até chegar à Suprema Corte do Estado, sem que uma decisão favorável à acusada fosse proferida. Do ponto de vista da defesa, uma injustiça incontestável parecia envolver o caso. Não era crível que uma ação autoritária da polícia, fundada em perfunctória suspeita e sem o crivo da autoridade jurisdicional, pudesse ensejar uma condenação à prisão pela mera existência de material obsceno no interior da residência, apoiada por um estatuto estadual de discutível valor constitucional.

A discussão jurídica do caso *Mapp v. Ohio* tinha como tema central, quando da sua apreciação pela Suprema Corte de Ohio, além da conduta policial, a constitucionalidade da lei que criminalizava a mera posse de material obsceno – o “*Ohio obscenity statute*”. Embora pouco discutida nas instâncias *a quo*, o caso ganhou maior atenção naquela Suprema Corte. Isso porque tal como decidido num caso semelhante pela Suprema Corte Americana, o precedente *Smith v. Califórnia*³¹, o conteúdo do estatuto³² de Ohio continha aparente violação aos dispostos da Constituição americana – especificamente a 1ª e 14ª emendas.

Defesa e acusação não eram os únicos envolvidos no caso Mapp. Quando do seu julgamento pela Suprema Corte de Ohio, advogados representando a *Ohio Civil*

²⁹ “the white police officers who invaded Dollree Mapp’s home did so with confidence that they would not be called to task for violating her fundamental rights by entering her home without a warrant”. LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 11.

³⁰ Além das buscas realizadas com inconsistentes suspeitas e sem a existência de um mandado judicial, Mapp tinha plena convicção de que o material obsceno não era seu, mas de um ex-inquilino. A explicação não foi suficiente para afastar a detenção pela polícia.

³¹ Em situação semelhante, uma lei do estado da Califórnia trazia uma previsão parecida com relação a posse de material obsceno. Na ocasião, a Suprema Corte Americana chegou ao entendimento que tal previsão violava os direitos resguardados pela 1ª emenda da constituição.

³² O estatuto era vago e impreciso quanto ao o que seria obsceno. Além de ser uma lei singular, estranha se comparada às demais leis anti obscenidade dos outros estados, que, em geral, eram voltadas aos escritores, editores, autores etc. Em regra, a pena prevista consistia em uma multa pela violação da lei.

Liberties Union- OCLU, um braço da *American Civil Liberties Union - ACLU*³³, solicitaram à corte de Ohio participar do caso como *amicus curiae*. Havia o interesse por entenderem que esta seria uma ótima oportunidade para questionar a constitucionalidade do estatuto estadual.

Dolree Mapp passou perto de uma absolvição na Suprema Corte de Ohio. Contra a tese da busca ilegal, que levaria a supressão de todo e qualquer material obtido com inobservância das leis, incluindo-se a própria constituição de Ohio³⁴, pesava o caso *State v. Lindway (1936)*, um precedente estadual cuja essência era a possibilidade de admissão de provas ilícitas no processo, declarando a inaplicabilidade da 4ª Emenda da constituição federal americana àquela jurisdição. Entretanto, embora os fatos correspondessem às imputações previstas no *Ohio statute*, e mantidas como foram as evidências colhidas na residência de Mapp, a constitucionalidade da lei anti-obscuridade foi amplamente discutida entre os juizes da corte.

A tese da inconstitucionalidade do estatuto não foi suficiente para reformar o caso, mas a decisão de manter a sentença da instancia inferior não foi unânime entre os juizes. Parte deles declarou a inconstitucionalidade do estatuto, e parte ainda votou pela revisão do precedente *Lindway*, defendendo uma rediscussão sobre a admissibilidade de provas no processo criminal. O impasse na corte de Ohio sinalizou para um debate ainda mais acirrado numa possível apelação à Suprema Corte Americana.

A regra de exclusão das provas ilícitas era tratada nas cortes federais de maneira diversa do tratamento empregado nos tribunais dos estados americanos. Enquanto nos processos federais a adoção da doutrina data do início do século XX³⁵, a adoção da mesma regra pelos diferentes estados não se deu de maneira

³³ A ACLU (American Civil Liberties Union) é uma ONG norte-americana cuja função precípua é a defesa e preservação dos direitos e liberdades individuais garantidas a cada cidadão pela Constituição e leis dos Estados Unidos. À época do caso *Mapp*, a ACLU admitia afiliados para lidar com mais de 80 por cento de seus casos legais. A maioria dos afiliados, como no caso de Ohio, tinham uma pequena equipe de funcionários pagos e um número de voluntários, "advogados cooperativos".

³⁴ Dispunha o art. I, seção 14, da constituição de Ohio que o policial que realizar busca sem mandato, ou utilizar mandato falso será punido. Como reflexo, o "*Ohio Revised Code*" determinava que: 2905.35 – cabe ao juiz a expedição do mandato de busca e com justificativa; 2933.24 – o mandato também deve particularmente descrever detalhadamente o que será objeto de busca;

³⁵ Sobre a adoção da regra de exclusão, oportunamente será abordado o caso *Weeks v. US*, de 1914, cuja discussão terminou por implementar a regra de exclusão nos processos federais americanos.

uniforme³⁶, tendo em vista que muitos estados sequer regulamentaram a regra de exclusão até o precedente *Mapp*. Embora o modelo de República americano se diferencie em muitos pontos da realidade brasileira, tornando prejudicada a discussão, pela doutrina nacional, da autonomia dos entes federativos e a dinâmica de observância das leis pelos diferentes estados e união federal, entender a regra da exclusão de provas – *exclusionary rule* -, talvez uma das mais relevantes construções jurisprudenciais do direito americano, passa pelo estudo da Quarta Emenda da constituição.

3.2. A Quarta Emenda e a regra de exclusão

Os mandamentos preconizados na 4ª Emenda têm fundamento na própria formação dos estados americanos. Em meados do séc. XVII, numa história que começou ainda nos Estados Unidos colônia, foram editados estatutos que visavam proteger os comerciantes e produtos ingleses, além de combater o contrabando. Para isso, eram conferidos largos poderes às autoridades locais, por prazos indeterminados, como para realizações de buscas domiciliares de modo absolutamente discricionário, tudo para garantir a lei e a ordem. Tais prerrogativas, chamadas de *writs of assistance*, logo foram questionadas pelos americanos, dando início a um processo de insatisfação e revoltas que teve capítulos como a lei do selo, o *townshend act*³⁷, a lei do açúcar e etc., e culminou na declaração de independência dos Estados Americanos.

Após a Constituição americana, a edição da Quarta Emenda consagrou dois mandamentos de extrema relevância para a justiça social, garantindo: *a segurança e proteção dos sujeitos e suas coisas, casa, individualidade, contra buscas desarrazoadas pelas autoridades*; e a garantia que *nenhum mandato será emitido*

³⁶ A esse respeito: “Exclusionary of unlawfully seized evidence from federal criminal trials dated back to the beginning of the twentieth century, but exclusion from state criminal trials varied from jurisdiction to jurisdiction”.

³⁷ O Townshend act consistiu na instituição de tributos nas colônias americanas em junho de 1767, determinando a taxação de produtos como o chá, vidro e papel. A elevação dos preços e a consequente insatisfação popular foi um fator, dentre outros, que fomentou a instabilidade política que mais tarde culminou no processo de independência das colônias americanas.

*senão lastreado em causa provável, sob afirmação ou juramento, devendo o mandato apontar precisamente o conteúdo objeto da busca*³⁸.

A regra de exclusão, tão debatida no caso *Mapp*, sempre fora voltada aos agentes federais e processos federais. Era aplicada aos agentes estaduais somente em extremas circunstâncias, geralmente quando a conduta dos policiais afetava profundamente a integridade física ou moral do indivíduo, acarretando que ficou conhecido como “*shocked the conscience*”³⁹.

Apesar da importância conferida a 4ª emenda⁴⁰, considerada uma das mais importantes garantias previstas na lei, muito pouco se decidia a respeito das buscas ilegais na suprema corte americana. A demanda era muito pequena. Só aumentou quando surgiram leis combatendo a posse de armas, jogos ilegais, drogas e bebidas. Com isso ocorriam mais buscas e, conseqüentemente, mais reclamações de abusos.

O primeiro debate significativo a respeito da busca e apreensão e a relação com as garantias individuais resguardadas pela 4ª Emenda, em julgamento pela Suprema Corte, foi o caso *Boyd vs. United States, 1886*. Na ocasião, dois acusados foram presos pela importação de produtos sem o recolhimento de impostos. A ordem do juízo distrital para que os próprios acusados produzissem evidências da prática do ilícito, a contragosto deles, ensejou a discussão a respeito da autoincriminação. A controvérsia perante a Suprema Corte era saber se as provas produzidas pelos acusados, de forma involuntária, e utilizadas contra eles próprios

³⁸ The first establishes “the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, and the second outlines what is required for a warrant – that no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” À época de sua edição, a 4ª emenda era imprecisa, as duas previsões pareciam incompatíveis entre si, o que ensejou, por seu turno, o surgimento de correntes interpretativas acerca dos dispositivos. Talvez as considerações mais convincentes tenham sido trazidas pelo professor Thomas Davies, em seu artigo: “Recovering the Original Fourth Amendment”, quando defendeu uma interpretação conjunta de ambos, e entendia que o mandato era o pressuposto para a busca com razão (*reasonable/justificada*). a maior intenção quando editaram a emenda era afastar a atuação discricionária da polícia, e isso seria feito regulamentando o mandato de acordo com a chamada teoria do *warrant preference*. LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 37-38.

³⁹ No caso *Rochin vs. California, 1952*, a polícia, sem mandado, invadiu a casa de um suspeito de tráfico de drogas em busca de evidências. Ao entrarem, o suspeito ingeriu duas capsulas suspeitas para evitar a apreensão da substância e incriminação. A polícia tentou recuperar o produto de diversas formas até que o levaram ao hospital para realizar a retirada forçada do produto. As evidências foram afastadas, pois embora colhidas por agentes estaduais, o método utilizado ocasionou um “*shocks the conscience*”.

⁴⁰ LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 33.

constituiria uma espécie de busca e apreensão ilegal, em claro desrespeito à 4ª e 5ª Emendas.

Escrevendo pelo voto majoritário de setes juízes, o Justice JOSEPH BRADLEY ressaltou que ao tentar arrancar dos acusados provas que pudessem levá-los a responsabilização pelos ilícitos, a ação do estado foi elevada a uma busca injustificada, pois aos acusados não restaram opção senão produzir as provas contra si mesmo. Em suma, houve violação à 4ª Emenda porque o processo de confisco teve natureza quase criminal – *quasi-criminal nature*. Na sequência, BRADLEY, discutindo o contexto no qual provas ilícitas poderiam ser utilizadas no processo criminal, observou a íntima relação existente entre a 4ª Emenda – que veda o aproveitamento de provas ilícitas – com a 5ª Emenda – esta protegendo contra a autoincriminação, e concluiu que no caso Boyd, a coação para a produção de provas pelo próprio particular (acusado) era, pois, inconstitucional pela violação à ambas as Emendas⁴¹.

As disposições previstas na 4ª Emenda tiveram eficácia variável ao longo os anos. A Suprema Corte demorou 18 anos para voltar a tratar de um caso com o mesmo tema, e sua decisão foi de encontro ao precedente já constituído. No caso *Adms vs. New York (1904)* foi decidido que, nas hipóteses de buscas por agentes federais, quando fossem encontradas evidências com o investigado, ainda que não fizessem parte do mandado, seriam admitidas no processo⁴². O posicionamento da Suprema Corte a respeito da regra de exclusão sofreu uma nova guinada com o julgamento do caso *Weeks v. United States, 1914*⁴³. Naquela ocasião, a Suprema Corte reservou a aplicabilidade da 4ª Emenda aos agentes federais, de modo as polícias dos estados, no momento de investigações, estariam dispensadas de observar aquela norma da constituição.

⁴¹ "Writing for a seven-person majority, Justice Joseph P. Bradley first stated that by trying to "extort from the party his private books and papers to make him liable for penalty or to forfeit his property" the government action amounted to an unreasonable search and seizure because the defendant had no choice under the law but to produce the papers. This was in violation of the Fourth Amendment, he explained, because the forfeiture proceeding was of a "quasi-criminal nature". Bradley next addressed whether the unlawfully seized evidence could be used in a trial. He noted the "intimate relation" between the Fourth and Fifth Amendment, which protects one from incriminating oneself, "throws light on the question as to what is an unreasonable search and seizure within the meaning of the fourth amendment. He concluded that the law forcing compulsion of the papers and the admission of the illegally seized evidence was therefore "erroneous and unconstitutional" in violation of the Fourth and Fifth Amendments". LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. p. 40.

⁴² LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 41.

⁴³ Sobre caso Weeks, consultar: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>>

Em todo caso, ao passo que dispensou a observância da regra de exclusão pelos agentes estaduais o precedente consolidou, por outro lado, a obrigatoriedade da norma aos agentes federais. O caso teve grande importância, pois pela primeira vez ficou estabelecido que a 4ª Emenda, por si só, já seria suficiente para ensejar o afastamento das evidências ilegais de processos federais. Com efeito, o precedente *Weeks*, naquele período, foi responsável por pacificar o entendimento a respeito da utilização de provas ilícitas, fazendo surgir, desse modo, a regra de exclusão nos processos federais.

3.3. O Desenvolvimento da *Exclusionary Rule* e seus desdobramentos

O caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, 1920 consolidou na corte um consectário natural da doutrina da exclusão das provas ilícitas. Entenderam os juízes que, não obstante a “*exclusionary rule*”, se o tribunal admitisse a utilização de provas derivadas daquelas ilegalmente obtidas, estaria encorajando as autoridades policiais a desrespeitarem a 4ª Emenda americana. Pouco adiantaria afastar a prova ilícita se todas as demais que desta resultarem forem aceitas. Trata-se do que se convencionou chamar de prova ilícita por derivação. É o caso, por exemplo, da descoberta do local onde se encontra o produto do crime por meio da confissão do suspeito submetido à tortura.

A prova ilícita derivada se caracteriza pelo vínculo causal entre ela e a prova que lhe deu origem. No caso da prova obtida após declaração mediante a tortura do investigado, é possível identificar um vínculo muito mais evidente entre a coação e o resultado do que em outras hipóteses, como numa trama de diligências policiais cuja ilicitude contaminou apenas uma das evidências. É possível concluir, portanto, que o nexo de causalidade que caracteriza a prova ilícita derivada existirá, em cada caso, em maior ou menor intensidade.

A doutrina da prova ilícita derivada, inaugurada no caso *Silverthorne Lumber*, permite duas possíveis exceções a sua aplicabilidade. A primeira delas consiste numa consequência lógica da própria regra. Enquanto a prova ilícita derivada depende de um nexo causal para com a prova ilícita que lhe deu origem, quando não há nexo causal não se pode, naturalmente, falar em prova ilícita por derivação.

Esse foi o escopo do caso *Nardone vs. United States, 1939*, ao inaugurar a teoria da prova independente - “*independent source*”. Se a fonte da prova sobre sob análise foi diversa daquela maculada pela ilicitude, não há porque chama-la de ilícita.

A segunda exceção representa uma mitigação da teoria da prova ilícita por derivação que reside justamente em seu nexo de causalidade. Em suma, considerando, como já defendido acima, que a intensidade do nexo de causalidade pode variar em cada caso, quanto maior for o distanciamento da prova derivada com relação àquela que lhe deu origem, do mesmo modo, menor será o efeito da ilicitude emanado da prova originária. É possível que a ilicitude presente na prova derivada tenha sido atenuada em razão do seu distanciamento para com aquele prova que lhe deu causa, de modo que seja possível seu aproveitamento no processo⁴⁴.

Embora a doutrina da prova derivada seja construção originada no caso *Silverthorne Lumber*, foi no caso *Nardone* que ganhou o nome de Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada – “*fruits of the poisonous tree*”⁴⁵.

Pouco depois do caso *Weeks*, Justice Holmes, da Suprema Corte, escrevendo para o Tribunal no caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v Estados Unidos*, disse:

A essência de uma disposição que proíbe um determinado meio de para a obtenção de provas não é apenas para evidenciar que as evidências assim adquiridas não deverão ser utilizadas no Tribunal, mas que nenhuma delas será utilizada. O Tribunal, no caso *Silverthorne*, havia se recusado a permitir que a acusação utilizasse como evidências, cópias fotostáticas de livros e papéis que haviam sido inconstitucionalmente apreendidos com o réu. Assim nasceu a teoria do fruto da árvore envenenada. E que, de certa forma, pode ser chamada de “varredura lateral” da regra de exclusão⁴⁶.

A discussão sobre a regra de exclusão de provas sob o abrigo da 4ª Emenda teve um novo capítulo com a chamada - “*silver platter doctrine*”⁴⁷. Nesse contexto, provas ilícitas colhidas por agentes estaduais poderiam ser utilizadas em processos

⁴⁴ O aprofundamento do tema será tratado em momento futuro, **item 4.1**.

⁴⁵ Sob essa perspectiva, da mesma forma que a descoberta de elementos probatórios pode ensejar a descoberta de outros, como num efeito em cadeia, de modo que se forme a imagem ficta de uma árvore, a contaminação de sua raiz (prova originária) haveria de gerar efeitos, em regra, sobre todos os seus frutos (provas derivadas).

⁴⁶ LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 45.

⁴⁷ Sobre o tema, importante citar os casos *Byars v. United States* e *Gambino v. United States*, ambos de 1927.

federais, pois, em regra, a disposição constitucional se dirigia as autoridades federais⁴⁸.

Teve ainda pertinência com a doutrina do “*exclusionary rule*” o notável caso *Olmstead vs. United States*, 1928, num julgado envolvendo escutas de investigados e a tangibilidade do material ilícito.

O caso *Wolf v. Colorado* (1949) foi um dos precedentes mais marcantes envolvendo o tema. Embora o resultado do caso tenha sido a reserva dos efeitos da *Exclusionary Rule* apenas aos processos federais, teve seu efeito positivo ao instigar muitos membros da Suprema Corte a lançarem um novo olhar a respeito da 4ª Emenda com o intuito de conter a conduta de muitos policiais, e resguardar os direitos previstos na constituição.

3.4. A decisão do caso *Mapp v. Ohio* pela Suprema Corte Americana

Embora nem todo caso chegue à Suprema Corte americana⁴⁹, depois do caso *Mapp* passar perto de uma revisão pela Suprema Corte de Ohio, a temática do caso atraiu a atenção dos juízes daquele tribunal pleno⁵⁰.

As razões do apelo na defesa de Mapp não variaram muito do que já havia sido elencado quando dos recursos aos tribunais *a quo*. Em resumo, os advogados litigaram, dentre outras questões, pela inconstitucionalidade do estatuto de Ohio, pela pena desproporcional aplicada na sentença condenatória, reclamaram a ilicitude da busca sem mandado, e classificaram como desarrazoada a diligência

⁴⁸ Em suma, entendeu a Suprema Corte que se provas ilícitas foram produzidas por agentes do estado, em desrespeito às garantias constitucionais, forem entregues à união federal para uso em processo criminal de sua competência, tais evidencias foram entregues numa espécie de “*bandeja de prata*”, de modo que não houve violação do dever de conduta de oficiais federais.

⁴⁹ Aproximadamente um em cada duzentos recursos que atingiam a suprema corte eram revistos. Entretanto, os advogados de Dollree Mapp sabiam que seu caso teria boas chances de atrair a atenção dos juízes. Após as decisões nos casos *Roth vs. US* (1957) e *Smith vs. Califórnia* (1959), aquele seria um bom momento para julgar o caso Mapp. Não obstante os quase 2000 recursos que chagaram a suprema corte naquele ano de 1960, em média, apenas 250 deles costumavam ser aceitos para revisão.

⁵⁰ O caso Mapp chamou a atenção da maioria dos juízes, mas não exatamente pelos motivos expostos na apelação pela defesa. Grande parte de seus membros, do mesmo modo que na suprema corte de Ohio, se mostraram interessados em torno da (in)constitucionalidade do estatuto de Ohio, e sua possível violação às emendas 1ª e 14ª da constituição.

realizada na residência de Dollree Mapp, fazendo alusão ao caso *Rochin v. Califórnia* e o choque de consciência – “*shocked the conscience*”⁵¹.

A suprema corte americana tem procedimentos diversos do que ocorre no caso brasileiro. A começar pelo anonimato, no todo ou em parte, do conteúdo das discussões travadas entre os seus juízes – “*Justices*”. Tudo o que se sabe de um julgamento da suprema corte vem da decisão e de alguns outros documentos que são disponibilizados ao público, como rascunhos, declarações, ofícios e etc. Em suma, as debates não são abertos de modo que nem sempre é possível identificar algumas questões minuciosas dos casos e dos julgamentos⁵².

Desde as primeiras discussões travadas entre os juízes, era quase pacífica a concepção de que o estatuto de Ohio era demasiadamente amplo, punindo qualquer cidadão pela mera posse de material considerado obsceno, prescindindo de qualquer prova no sentido de que o possuidor pretendia distribuí-lo. A mera posse tipificava o crime. A questão mais controvertida, no entanto, foi sobre a oportunidade de estender a regra de exclusão aos estados, fazendo valer a norma contida na 4ª Emenda em toda a federação americana.

Depois de intensos debates, a maioria da corte acatou a proposta do Justice Tom C. Clark e decidiu que a regra de exclusão era um mandamento constitucional e deveria ser observada pelo estado e seus agentes na proteção do devido processo e das garantias individuais do acusado, consoante os mandamentos contidos na 4ª e 14ª Emendas⁵³.

3.5. O efeito *Mapp*. para a sociedade e a justiça

A decisão da suprema corte no caso *Mapp* alterou significativamente as bases das investigações policiais das autoridades americanas. À época da decisão, vinte e quatro estados americanos, incluindo Ohio, permitiam o aproveitamento de provas ilícitas nos processos criminais. Vinte e seis adotavam a regra de exclusão e

⁵¹ LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 64.

⁵² LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 80.

⁵³ LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 103.

outros quatro, Alabama, Maryland, Michigan e South Dakota previam uma regra de exclusão parcial. A magnitude do recurso foi extraordinária, tanto que de uma só vez a Suprema Corte impôs a regra de exclusão para metade dos estados da união. O novo precedente poderia afetar aproximadamente 2.000 casos envolvendo buscas ilegais por ano. O precedente também teve grande impacto nas comunidades negras, onde a violação a 4ª Emenda por autoridades era comum. Foi a primeira de muitas decisões na qual a suprema corte incorporou direitos e garantias do *Bill of Rights* para regular a atuação policial e proteger direitos em acusações penais.

Como ressaltou Carolyn N. Long:

os defensores da regra de exclusão diria que os beneficiados pelo precedente se estendiam para além dos favorecidos imediatos pela decisão, incluindo todos os americanos que forma contemplados com a paz de espírito que vem de saber que as autoridades policiais não poderiam ilegalmente entrar em suas casas ou propriedade sem causas prováveis. Por outro lado, os críticos advertiram que diminuir a eficácia da polícia no combate ao crime realmente funcionaria de maneira oposta, colocando toda a sociedade em risco⁵⁴.

O período que sucedeu o caso *Mapp*, até os últimos anos da “*Court Warren*”⁵⁵, foi marcado pela expansão de garantias dos acusados em matéria criminal.

Um estudo conduzido por MICHAEL BAN, talvez o maior estudo estatístico e comparativo a respeito da utilização de mandatos de busca e apreensão no período *Mapp*, identificou que na cidade de Boston, o número de mandatos emitidos saltou de 100 por ano, antes do caso *Mapp*, para aproximadamente 1000 no ano de 1963⁵⁶. MICHAEL também observou um aumento semelhante em Cincinnati, onde o

⁵⁴ “exclusionary rule advocates would argue that the consumer population extends well beyond these immediate beneficiaries to include all Americans who would benefit from the peace of mind that comes with knowing that police authorities cannot legally break into their homes or property without probate causes. Its critics would suggest that decreased police efficiency in combating crime actually works in the opposite manner and puts everyone at risk”. LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 125.

⁵⁵ “Court Warren” – ou Tribunal Warren – refere-se à Suprema Corte dos Estados Unidos no período compreendido entre 1953 e 1969, quando Earl Warren atuou como Chefe de Justiça. Neste período a corte teve membros proeminentes como o Justices William J. Brennan, William O. Douglas, Hugo Black, Felix Frankfurter, e John Marshall Harlan II. O Tribunal Warren ficou marcado por promover a expansão dos direitos e liberdades civis de maneira dramática, pôr fim à segregação racial nos Estados Unidos, e incorporar a Declaração de Direitos (ou seja, incluindo-o na 14ª Emenda cláusula do devido processo).

⁵⁶ *The Courts and Social Policy* Donald L. Horowitz 1 de janeiro de 1977 Pág. 250. Brookings Institution Press

número de mandados expedidos, desde o ano anterior ao caso *Mapp*, saltou para 100 em 1963⁵⁷.

Em 1963 Stuart Nagel conduziu um estudo avaliando vários impactos decorrentes do caso *Mapp*. A pesquisa envolveu, sobretudo, aqueles que usualmente estão envolvidos com as questões criminais: advogados, juízes, promotores, organizações pelos direitos civis e etc. a repercussão do caso *Mapp* nos estados americanos foi imensa. Mas também foi possível notar que quase 80% daqueles que foram alvo da pesquisa acreditavam que a regra de exclusão limitou a atuação da polícia.

3.6. O criminoso está solto porque a polícia errou

Em 1926, ao julgar um caso perante o tribunal de apelações de Nova Iorque, *Povo v. Defore*, que dentre outras questões havia a discussão sobre a admissibilidade de provas apreendidas ilegalmente pela autoridade policial, declarou o Juiz Benjamin Cardozo, “*There has no blinking the consequences*”⁵⁸. Prosseguiu argumentando: “[...] *O criminoso foi solto porque a polícia cometeu um erro*”. A frase capta os sentimentos dos críticos à doutrina da regra de exclusão, ao argumentarem que isso frustra a realização da justiça, ao suprimir elementos que eles consideram válidos, muitas vezes provas concretas em processo criminais, permitindo, assim, ao culpado, iludir sua própria culpa.

Embora as decisões com ampliação de garantias dos acusados não seja responsável pelo aumento das taxas de criminalidade nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, ambos ocorreram no mesmo período dando a impressão para a sociedade, e para parte da classe política, que havia uma correlação entre eles. Em 1967, o relatório da “*Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice*”, nominado “*Challenge of crime in a free society*”,

⁵⁷ “He also found a similar increase, although fewer in terms of absolute numbers, in Cincinnati, which went warrants in the year prior to *Mapp* to 100 in 1963” LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 126.

⁵⁸ Na tradução livre: “Não se deve pestanejar a respeito das consequências”, fazendo alusão às consequências pela utilização das provas ilícitas.

conteve mais de 200 recomendações para combater o crime. Em suma, o relatório concluiu que:

Apesar dos custos, tais como a complexidade e tempo consumido pelos procedimentos nos tribunais, e o fato de que “responsáveis por crimes poderiam permanecer livres porque a regra de exclusão nas cortes proibiu a utilização de confissão ou evidências apreendidas”, a regra de exclusão foi o produto de dois séculos de desenvolvimento constitucional neste país. Eles são partes integrantes de um sistema para equilibrar os interesses do indivíduo e do estado que têm servido bem a nação⁵⁹.

Em que pese os benefícios trazidos com o precedente *Mapp*, especialmente em relação aos direitos individuais frente à atividade persecutória estatal, seu julgamento pela Suprema Corte foi apenas o início de um intrincado debate, na justiça e sociedade americana, a respeito dos limites da atuação das autoridades e das consequências de se adotar uma regra que poderia, em última análise, absolver um possível culpado por um crime.

A opinião pública a respeito dos índices de criminalidade, ao mesmo tempo em que se discutiam garantias de acusados nos tribunais, fez com que a temática em torno da regra de exclusão chegasse à classe política norte-americana. Nesse contexto, o controle do crime se tornou objeto de política nacional e, na década de 60, entrou em pauta nas eleições para a presidência dos Estados Unidos⁶⁰.

Em suma, após a ascensão e consolidação do precedente *Mapp* para a condição de garantia individual, aplicável em toda a nação americana, o período que transcorrido após a decisão pela Suprema Corte foi marcado por uma série de interpretações e modulações dos seus efeitos, o que culminou, como veremos, nas exceções à própria regra de exclusão.

⁵⁹ “Despite the costs such as “complex and time-consuming court procedures” and the fact that “guilty criminals may be set free because the courts exclusionary rules prevent the introduction of a confession or of seized evidence”, the exclusionary rule was “the product of two centuries of constitutional development in this country. They are integral parts of a system for balancing the interests of the individual and the state that has served the nation well”. LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. p. 156-161.

⁶⁰ “Between 1964 and 1968, the incidences of reported crime would double, and the public opinion polls consistently ranked crimes as the dominant concern for most Americans. Upon taking the oath of office, Johnson (referindo-se ao presidente democrata Lyndon Baines Johnson) placed considerable effort into finding ways to address the growing crime rate. LONG. Carolyn N. *Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*. University Press of Kansas, 2006. p. 155.

4. Exceções à Inadmissibilidade das provas ilícitas

A doutrina de exclusão das provas ilícitas foi desenvolvida no direito norte-americano através das discussões em torno de casos emblemáticos – *leading cases* – tal como os citados no capítulo anterior. Entretanto, a despeito de ter sido um dos principais precursores da daquela doutrina, com especial relevância para direito comparado, o direito norte-americano destacou-se, de igual forma, pela elaboração de exceções ao próprio instituto.

Com base nas construções jurisprudenciais em torno da ilicitude das provas e o necessário afastamento destas do processo, destacaram-se, como já visto⁶¹, as teorias da fonte independente – *independente source* – e a teoria da descoberta inevitável. Em síntese, ambas as teses se relacionam com o efeito da prova ilícita por derivação, e defendem que não será contaminada pela ilicitude de uma segunda prova aquela que fora produzida a partir de uma fonte autônoma, independente, de modo que manteve a sua característica de legalidade; ou ainda que, a princípio, a prova seja ilícita por derivação, as circunstâncias do caso indiquem que ela seria alcançada, mais cedo ou mais tarde, de maneira que a prova ilícita que lhe deu origem apenas proporcionou a sua descoberta antecipada⁶².

Com a reforma pela Lei nº 11.690/2008, o Código de Processo Penal passou a prever a aplicabilidade de ambas as teorias através do art. 157, §1º, onde consta que *serão inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*⁶³. Como complemento, o §2º dispõe a respeito da definição legal de fonte independente, considerando aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

⁶¹ Sobre o tema, ver **item 3.3** deste trabalho.

⁶² A descoberta inevitável é, portanto, aquela em que todos os procedimentos válidos já estão iniciados e o encontro é mera questão de tempo, sendo a prova ilícita produzida paralelamente desnecessária. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 381.

⁶³ A análise da descoberta inevitável pelo juiz requer extrema cautela, pois, conforme apontou FERNANDO CAPEZ, tal previsão legal é por demais amplas, havendo grave perigo de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 380.

Sem prejuízo de outras teorias menos estudadas, o direito norte-americano prevê ainda outras duas importantes possibilidades de exceção à regra de exclusão, diga-se de passagem, não abordadas na jurisprudência pátria. A primeira delas, ainda ligada a prova ilícita derivada, trabalha com a hipótese de um enfraquecimento do nexo de causalidade entre a prova ilícita derivada para com aquela que lhe deu origem, em razão, provavelmente, do distanciamento cronológico ou fático entre a descoberta de ambas. Em outras palavras, de tão fraca a relação com a prova ilícita originária, a ilicitude por derivação fica atenuada.

Por fim, diga-se que a boa-fé da autoridade policial não é ignorada quando da análise do vício da prova. Com efeito, o objetivo, neste caso, é elidir o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou da persecução penal, como um todo, tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro⁶⁴.

Como vimos, as teorias trabalhadas resumem as principais vertentes sobre as quais se fundam as exceções a regra de exclusão na doutrina e jurisprudência brasileira e, especialmente, norte-americana. Entretanto, impulsionado pela constante mutabilidade da ciência jurídica, casos concretos têm demandado rediscussões em torno da matéria e ocasionando o surgimento de teorias acerca da regra de exclusão.

4.1. Os efeitos da regra de exclusão para a persecução criminal

Não há dúvida de que as mudanças em torno das questões probatórias representou um largo passo em direção a um sistema de justiça mais equitativo. Mais do que um reforço das garantias constitucionais, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial em torno da matéria probatória representaram uma revolução em termos de eficácia da justiça. Processos criminais lidam, sempre, com os direitos de maior relevância e com delicadas questões jurídicas. A todo instante as garantias fundamentais do acusado estão opostas a pretensão punitiva protagonizada, em

⁶⁴ É o caso, por exemplo, dos casos em que agentes policiais, enquanto realizam ronda de rotina, escutam gritos provenientes de uma casa. Acreditando tratar-se de pedidos de socorro, os policiais ingressam na residência de imediato. Ao entrar no local, verificam que na verdade apenas ocorria uma festa. Porém, antes de se retirarem, constatarem a prática de um crime na casa. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. 9ª ed. Salvador: Juspodivm. p. 399.

regra, pelo estado. No que tange à proteção contra ofensa aos bens jurídicos de maior relevância do cidadão, o agir sem limites do órgão persecutório pode custar um preço muito mais caro que a ineficácia de uma acusação. Nesse ponto, é importante lembrar da máxima: pior que não responsabilizar um culpado é condenar injustamente um inocente.

Não à toa, tem grande relevância em nosso sistema jurídico o princípio da não culpabilidade. Somente o convencimento da culpa pelo juiz poderá desvencilhar o acusado de seu estado de inocência, desprovendo-o de um de seus bens jurídicos mais importantes: a liberdade.

Conforme PAULO BONAVIDES, *“o direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua”*⁶⁵. Ele se transmuta e se desloca na medida em que também se modificam as relações e cultura que lhe dão sustentação. Normas jurídicas possuem o caráter essencialmente provisório, passíveis de revisão quando a cultura jurídica de um determinado sistema normativo assim demandar. Em linhas gerais, estão ainda mais sujeitas a transmutações as interpretações normativas dos dispositivos de lei, tal como o conceito e abrangência dos princípios legais, causando um efeito direto e singular na jurisprudência.

Conquanto as mutações normativas e, especialmente, as interpretativas, típicas da hermenêutica jurídica, o direito, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, é dotado de mandamentos com um núcleo rígido, não tão passível de revisão e capaz de vigorar a par das inovações dispositivas do sistema normativo. Trata-se de importante artifício em favor da estabilidade e segurança jurídica.

Com efeito, a doutrina cogita de uma essência dos direitos fundamentais cuja eficácia jamais pode ser afastada. Embora seja possível, sob o crivo da ponderação, impor restrições aos direitos fundamentais, há um ponto máximo para tal limitação, caso contrário, haverá um total esvaziamento do direito conferido ao acusado, anulando-se qualquer eficácia da ordem constitucional.

A questão é saber se a proteção ao núcleo dos direitos fundamentais é absoluta ou relativa. Em outras palavras, se existe um limite fixo e rígido para o qual o juiz sempre deverá olhar, ou se a restrição do direito fundamental poderá ser modulada – ampliada ou reduzida – no caso concreto. Embora os direitos fundamentais devam ser realizados, no primeiro momento, em sua completude, o

⁶⁵ Bonavides, Paulo. O Direito Constitucional e o Momento Político. Revista de Informação Legislativa, V 21, nº 81, jan./mar. 1984, págs. 217.

conflito de direitos igualmente substanciais do ponto de vista constitucional obriga o juiz a realizar um juízo de ponderação cujo resultado acarretará, invariavelmente, na atenuação de um deles⁶⁶.

O centro da discussão quanto à flexibilização da regra de exclusão consiste em saber quais os limites e o sentido da atuação do juiz ao utilizá-la, caso existente.

A relevância do tema não é pequena. Considerando o impacto das provas para a resolução do processo, o juízo de admissibilidade quanto ao uso de certo material probatório pode preponderar na decisão entre a condenação ou absolvição de um acusado, entre o sucesso ou fracasso da persecução criminal.

Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a julgar o HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5), cujo escopo era violações a intimidade dos investigados por meio da quebra de sigilo de dados, interceptação telefônica e telemática, escuta ambiental e monitoramento de pessoas, culminando na denominada *Operação Castelo de Areia*, da Polícia Federal.

Cuidava-se de investigação policial iniciada com base em denúncia anônima fundada na existência de práticas fraudulentas de compra e venda de dólares no mercado paralelo. Com base na notícia, e após representação perante o juízo competente, sucedeu-se a quebra de sigilo telefônico dos usuários de telefonia, dando início as investigações formais. O desenvolvimento do inquérito permitiu o conhecimento de novos fatos e envolvidos pelas autoridades policiais, ensejando sucessivas prorrogações de quebra de sigilo, num período superior a 01 (um) ano, sendo identificadas mais de 300 (trezentas) operações ilícitas e evidenciada a

⁶⁶ Sobre o embate doutrinário que discute se a proteção ao núcleo dos direitos fundamentais é absoluta ou relativa, a chamada teoria do núcleo duro (absoluta) defende a existência de um núcleo rígido da norma jurídica, anterior ao processo de ponderação. Consiste a ideia de um núcleo inflexível, porém abstrato, preexiste à relação jurídica em concreto. Para parte da doutrina, trata-se de uma hipótese utópica, pois tal núcleo abstrato não existe pronto, sendo ilusório acreditar que o intérprete poderia conhecê-lo previamente. Com efeito, é difícil sustentar que uma interpretação pode ser feita com uma norma cujo conteúdo já foi fornecido e tornado imutável, sem nem mesmo tomar conhecimento do caso concreto. Por outro lado, a teoria relativa defende que o núcleo essencial é conhecido justamente após o processo de ponderação. Ocorre que, como já apontado, a entrega do núcleo à ponderação pode levá-lo ao esvaziamento. JOSE GOMES CANOTILHO propõe a adoção de ambas as visões, a depender do caso em disputa. Com efeito, conduzir o núcleo à ponderação poder ser um recurso arriscado. Mas, por outro lado, considerar um núcleo rígido poderia determinar a desconsideração de defesa de outros direitos, liberdades e garantias, os quais são aptos para justificar a relativização de um direito fundamental. Em sentido diverso, DANIEL SARMENTO defende a relativização do núcleo essencial, por se adaptar melhor às decisões constitucionais mais complexas. Sobre o tema: BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 142; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 420; SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 113; ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. Tradução: Luís Afonso Heck. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 24, 2005. p. 291.

existência de verdadeiro esquema criminoso, voltado para a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e eventuais crimes de "lavagem" de valores. Mais tarde, os indícios foram complementados com elementos de delação premiada e compartilhamento de informações constantes na Operação "DOWNTOWN", na época em trâmite na 2ª Vara Federal Criminal/SP.

Conforme sustentou à época a relatora do julgado, Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o que se estava a debater praticamente se esgotava e desvendava o âmbito de atuação das autoridades públicas, com vistas à proteção da segurança social, em comparação com o leque de normas de proteção da liberdade individual, no qual se encontra, também, o direito à intimidade⁶⁷. *“Qual seria o limite, no caso concreto, do direito da coletividade à persecução penal?”*, questionou a Ministra. *“Esse parece ser o ponto candente da discussão heroica”*.

Em suma, pesavam contra os fatos a hipótese de nulidade da persecução penal em face da ilicitude da prova, decorrente, na sua origem, de denúncia anônima; a falta de motivação da decisão judicial que determinou a quebra do sigilo de dados, tal como a longa duração do monitoramento policial sob o regime de violação da intimidade dos investigados.

A validade da investigação iniciada por denúncia anônima é questão controvertida na doutrina, não havendo posicionamento unânime até os dias de hoje. Sabe-se que quando a *notitia criminis*⁶⁸ trazer ao seu conhecimento fatos revestidos de aparente ilicitude penal, o Estado tem a obrigação de apurar, e o faz por meio das investigações. Muito embora a denúncia anônima não possua qualidade probatória, é admitida, com ressalvas, como elemento válido a desencadear as investigações criminais.

Ocorre que, conforme tem admitido certa parcela da doutrina, fortemente amparados pela jurisprudência da suprema corte⁶⁹, a denúncia anônima capaz de

⁶⁷ HC 137.349 - SP (2009/0101038-5), pág. 14.

⁶⁸ Nesse sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci que *“delatio criminis é a denominação dada à comunicação feita por qualquer pessoa do povo à autoridade policial (ou a membro do Ministério Público ou juiz) acerca da ocorrência de infração penal em que caiba ação penal pública incondicionada (art. 5.º, § 3.º, CPP). Pode ser feita oralmente ou por escrito. Caso a autoridade policial verifique a procedência da informação, mandará instaurar inquérito par apurar oficialmente o acontecimento”*. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

⁶⁹ Por exemplo: MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 117.988 RIO GRANDE DO SUL; ou HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 1º.2.2011, cuja ementa: *“HABEAS CORPUS. “DENÚNCIA ANÔNIMA” SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIAS NÃO DECORRENTES DE ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIAS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo*

ensejar investigações deve estar revestida de credibilidade, e conter elementos suficientes para deflagrar as devidas diligências pela autoridade competente.

Em outras palavras, no caso concreto, pode-se questionar se as interceptações telefônicas e as ações penais decorreram meramente da alegada “notícia anônima”, ou também das investigações levadas a efeito pela autoridade policial. Em suma, este foi o escopo do HC 137.349, que assim votou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

A questão como posta, portanto, encaminha a solução do caso para considerar a ilicitude tanto da quebra do sigilo de dados inicialmente deferida, quanto das demais provas diretamente dali decorrentes, uma vez violados, por qualquer prisma considerado, os postulados das garantias constitucionais do processo penal, devendo-se observar, neste passo, que a decisão abrangeu situação indevidamente genérica com poder de atingir indiscriminado número de assinantes da telefonia⁷⁰.

O resultado do julgado, mais tarde ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, teve uma repercussão social talvez superior à consequência jurídica do caso, na esfera jurisprudencial. Isso, pois, embora tenha reafirmado as garantias fundamentais da proteção à intimidade, e reforçado a tese de que nem toda suspeita enseja a persecução criminal, nem tampouco a violação à esfera privada do indivíduo, o insucesso na investigação dos suspeitos e a consequente impunidade dos atos fraudulentos praticados repercutiram mal na esfera pública, e não passou despercebido por parte da doutrina. Observou a Ministra relatora:

O tema é, por essência, árido, máxime pelo fato de envolver certas posições ideológicas, supostamente encampadas pela opinião pública, como a que projeta o comprometimento das autoridades públicas com planos de segurança absolutamente invasivos, alicerçados no manto da proporcionalidade e da razoabilidade⁷¹.

Tribunal Federal, **nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”**, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). 1. No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada ‘notícia anônima’, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. 2. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. 3. Ordem denegada”.

⁷⁰ HC 137.349 - SP (2009/0101038-5), pág. 27.

⁷¹ HC 137.349 - SP (2009/0101038-5), pág. 22.

Ciente da polêmica relação entre opinião pública e justiça criminal, a opinião técnica de operadores do direito em torno da questão, por seu turno, merece consideração. Ressalte-se que não foi unânime a decisão que anulou todas as provas decorrentes da quebra do sigilo de dados, e que dessas diretamente derivaram, ficando vencido o voto do Exmo. Ministro Og Fernandes⁷² no presente julgado.

Muitos anos antes, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sydney Sanches, ao apreciar a conhecida Ação Penal 307-DF, percebendo o problema da ilicitude da prova a consequência para a atividade acusatória, assim defendeu em seu voto:

Imagine-se a hipótese de determinado marido procurar a polícia, comunicando que a esposa foi sequestrada. Desconfiada, a autoridade policial, sem autorização judicial (se é que está pode ser dada), inconstitucionalmente intercepta uma ligação telefônica entre o marido e sua amante, durante a qual aquele confessa haver assassinado sua esposa. Depois disso, a polícia, mediante outras diligências, encontra o cadáver da vítima, exuma-o, examina-o, verifica que os projéteis que a mataram correspondem ao calibre da arma usada pelo marido, encontra essa arma, aprende-a, procede a exame de balística positivo, ouve testemunhas, que assistiram o crime, e apontam o marido como executor, e, ainda, obtém a confissão deste. Depois, esses dados, meramente informativos, do inquérito, são confirmados em juízo, em instrução válida, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. E sempre com a confissão do marido. E tudo em perfeita harmonia. Se se entender, que em casos como este, que o tal ato inicial de interceptação telefônica, pela polícia, praticado inconstitucionalmente, por constituir prova ilícita, inadmissível, por isso mesmo, em juízo, contamina, todos os demais procedimentos probatórios obtidos lícitamente, inclusive a confissão do réu, em perfeita harmonia com os demais elementos de convicção, então jamais se poderá punir um crime como esse. E nenhum outro cuja apuração tenha começado com prova ilícita. E a consequência será, sempre e sempre, a absolvição do autor do delito, o que, *data vêniam*, me parece um rematado contrassenso. A meu ver, basta, nessas hipóteses, que se exclua do quadro probatório a prova ilícita, qual seja, a da gravação por interceptação telefônica, admitida, porém, a inteira validade de todas as demais. Sem prejuízo, é claro, de responsabilidade civil e criminal de quem haja praticado o ato abusivo de violação do sigilo⁷³.

Parte da doutrina defende um realinhamento dos tribunais, especialmente das cortes superiores, no que concerne ao tratamento dispensado aos casos que

⁷² O Ilustre Ministro Og Fernandes, em seu voto proferido no julgamento do HC 128.776, acima indicado [...] assentou que esse meio pode embasar investigações preliminares para o fim de colher elementos de possível prática de infração penal.

⁷³ Trecho do voto do Exmo. Ministro Sydney Sanches, proferido no julgamento da Ação Penal nº 307-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 13/dez/1994.

envolvem crime de grande complexidade. Com efeito, crimes como, por exemplo, os praticados contra o sistema financeiro dificilmente são identificados pelos métodos tradicionais de investigação, de modo que constantemente é necessário recorrer a quebras de sigilos, como o bancário, de dados e de comunicações, para se chegar aos culpados. Diga-se que o crime organizado, por exemplo, quanto à sua execução, é quase perfeito, porque é planejado cientificamente e executado com discrição, o que demanda, como consequência, investigações mais apuradas.

Não há dúvida de que houve um prejuízo social com o desenlace dos casos. É provável que cifras consideráveis tenham sido desviadas, com grandes empresas e partidos políticos possivelmente envolvidos⁷⁴, sem que os responsáveis fossem alcançados pela lei. Ocorre que a visão de supremacia da proteção social, embate que se avizinha ao contexto ora examinado, envolve mais do que a simples atuação dos poderes constituídos em prol da segurança comunitária.

O fato é que qualquer proposta de reposicionamento do entendimento dos tribunais quando do julgamento de casos semelhante representa, invariavelmente, no outro extremo, um reducionismo das garantias fundamentais conferidas aos réus no momento da persecução criminal.

Deveras, questões desse tipo sempre serão ditadas pelo conflito de princípios fundamentais, e a solução tende a alicerçar-se no equilíbrio entre a liberdade do cidadão - de grande valor para a preservação do Estado Democrático de Direito, nos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana – art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal –, e o sentido da segurança social, sem a qual o próprio Estado deixaria de existir.

A título de menção, esclareça-se que a doutrina, de modo geral, tem dado ênfase à necessidade de se buscar um ponto médio entre o direito libertário e a salvaguarda da sociedade.

Sem adentrar no mérito na ação resultante da Operação Castelo de Areia, o fato é que o resultado material do caso, tal como de muitos outros semelhantes, instiga doutrinadores a repensar essa temática. A regra da exclusão é muito discutida e debatida no mundo todo. Nota-se que a exclusão das provas ilícitas não se coloca no plano prático sem um efeito colateral negativo. Normalmente, ela afeta

⁷⁴ Segundo matéria do jornal Estadão, publicada em 19 de fevereiro de 2015, os grampos revelarão movimentação da cúpula da empreiteira que citavam ao menos sete partidos políticos – PSDB, PDT, DEM, PP, PPS, PMDB e PSB. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-nega-reabertura-da-castelo-de-areia,1636220>>. Acessado em 07/11/2015.

o resultado da justiça substantiva do julgado. Mas, por outro lado, apesar dessa repercussão, tem um propósito válido: prevenir que o Estado seja infrator da lei com o propósito de defender o cidadão. Este é um meio eficiente de coibir atos ilícitos.

No Brasil, a discussão das provas ilícitas chega um pouco tarde. Como visto, apenas a Constituição de 1988 trouxe uma regulação específica para a exclusão das provas ilícitas de um processo.

Todos os intrigantes casos citados até o momento, incluindo *Mapp. v. Ohio*, são exemplos de questões complexas cuja discussão sempre irá se delinear quando da formação de um processo penal.

Em junho de 1993, ao relatar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2.777/RJ⁷⁵, perante Superior Tribunal de Justiça, pronunciou o Ministro Pedro Aciole: *“está muito em voga [...] a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos”*. Prosseguiu justificando: *“pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais”*.

Alexandre de Moraes, por sua vez, ressalta que garantias e direitos fundamentais não podem servir como escudo protetivo da prática de crimes, nem tampouco deveriam ser exploradas com vistas a evitar a incidência da responsabilidade penal, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito⁷⁶.

Sabe-se que, em muitos casos, a garantia deve se compatibilizar com as exceções previstas no próprio texto constitucional. Diferentemente de alguns países como Espanha e Alemanha, a Constituição Federal brasileira não fez menção expressa à proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. A discussão que se coloca, portanto, sobre a extensão dos direitos fundamentais no que concerne à matéria criminal, é saber até quando seria possível restringir garantias do investigado ou do réu, sob o pretexto de compatibilizá-las com outros direitos de igual dimensão, ou se existe um *“limite dos limites”*, um núcleo rígido cuja

⁷⁵ RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS, 22/06/1993. RECURSO ORDINARIO EM "HABEAS CORPUS". FATO TIPICO. EVENTUAL NULIDADE DE INQUERITO POLICIAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATORIA EM "HABEAS CORPUS". DIREITOS HUMANOS. PRONUNCIA. TRIBUNAL POPULAR.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.169.

aplicabilidade jamais pode ser afastada, sob pena de impossibilitar a realização da justiça.

No sistema constitucional brasileiro, em princípio, não se pode falar em garantia absoluta, soberana ou isenta de qualquer restrição, em razão da simetria que deve possuir para com outras garantias de igual ou superior relevo. O próprio legislador constitucional relativizou a eficácia plena de certos direitos quando admitiu a quebra de sigilo e a invasão de privacidade, no processo criminal, desde que amparado, por obvio, em questões jurídicas condizentes. Neste contexto, ressaltam GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO que os direitos e garantias fundamentais não podem ser observados em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do "*princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais*" ⁷⁷.

No exame da constituição, a compreensão de seu conteúdo deve ser realizada de modo amplo, de maneira que, no caso concreto, as garantias ali previstas sejam aplicadas a todos de modo mais igual possível.

A partir de tais considerações, temos a conhecida ponderação de valores constitucionais, pela aplicação do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade revela-se indispensável à proteção dos direitos fundamentais. A harmonia entre tais direitos só pode ser alcançada através de sua aplicação, uma vez que o intérprete se depara com um conjunto axiológico plural, cujos valores entram em confronto a todo instante. E nesse ponto a doutrina se depara com um desafio: a dinâmica social frequentemente sugere uma reavaliação de valores num processo criminal, ora pra evitar arbitrariedades pelo estado, ora para tentar evitar, como já examinado, que uma garantia constitucional seja invocada para a prática criminosa.

Não obstante a sua importância para a hermenêutica constitucional, a teoria da proporcionalidade deve ser vista e utilizada com muito cuidado pelo interprete, sob o risco de um verdadeiro atropelamento de direitos e garantias. A imposição constitucional do devido processo legal restringe a possibilidade de mitigação da licitude dos meios persecutórios da prova, e assim o fez o legislador constituinte ao observar na garantia um sustentáculo do legítimo de Estado Direito.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 140.

Nesse sentido, DANIEL SARMENTO, alertando para o risco de se caminhar para um “oba-oba” constitucional, assinalou com precisão:

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser⁷⁸.

Como bem observou GUILHERME NUCCI, em hipótese alguma o estado deve promover a violação da lei para garantir a efetividade da punição penal. Se assim fosse, chegaria a ser um contrassenso permitir a prática de um crime pelo próprio agente público para a apuração de outro delito qualquer. Infração penal por infração penal, a sociedade não se tornará mais justa porque um crime foi punido sendo que o outro, cometido sob o amparo estatal, serviu de base para a condenação do primeiro⁷⁹. A discussão, entretanto, não gira em torno da flexibilização geral da inadmissibilidade das provas ilícitas. Ao contrário, se trata de saber, dentro do núcleo rígido das garantias constitucionais qual o possível alcance da aceitação da prova ilícita.

Tamanha a sua importância para o direito constitucional no século XX, a teoria da proporcionalidade se ramificou para outros ramos da ciência jurídica, servindo, inclusive, como ferramenta hermenêutica para a solução de conflitos em matéria criminal.

4.2. O principio da proporcionalidade

Em 1973, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha se viu diante de um desafio que talvez represente o caso mais emblemático de sua história, no que se refere aos direitos fundamentais. Anos antes, ganhou grande repercussão na

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 200.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 344.

Alemanha o julgamento dos responsáveis pelo assassinato de quatro militares na cidade de *Lebach* – conhecido como o assassinato de soldados de *Lebach* - *Der Soldatenmord von Lebach*⁸⁰. Tempos depois, ao passo que um partícipe daquele crime estava prestes a lograr livramento condicional, o Segundo Canal de Televisão alemã (*Zweites Deutsches Fernsehen* - *ZDF*) realizou um documentário sobre aquele ato criminoso, pormenorizando detalhes sobre o ocorrido e contendo inclusive uma reedição cenográfica do caso.

Entendendo que o documentário atingiria os seus direitos de personalidade, além de prejudicar o processo de ressocialização, este envolvido solicitara provimento judicial⁸¹ visando afastar a sua exibição. O caso passou pelo tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, pelo Tribunal Superior de Koblenz, sem que a sua pretensão fosse acolhida, fundamentalmente entendendo essas cortes tratar-se de inequívoco caso interesse público, prevalecendo sobre eventual direito de personalidade do impetrante. Conhecido como caso *Lebach*, a discussão chegou a corte constitucional alemã.

Tratava-se de uma delicada colisão de direitos fundamentais, uma vez que os valores constitucionais em conflito (os direitos de personalidade e a liberdade de comunicação) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental de Bonn, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar, no caso concreto, qual haveria de ceder lugar para permitir uma solução adequada.

⁸⁰ MENDES, Gilmar. Colisão de direito individuais. Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira. p. 3. Disponível em

<http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74> Acessado em 20/08/2015, às 20:45.

⁸¹ O recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) foi interposto sob alegação de ofensa aos arts. 1, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2, I (...) da Lei Fundamental. Nestes termos, assim dispõem os artigos: **Artigo 1, I.** A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. **II.** O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. A liberdade de imprensa, por sua vez, é fundamentada pelo **Art. 5, I.** Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. Disponível em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> >

Em suma, decidiu a corte constitucional sobre a publicação de notícias sobre crimes graves, que tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Entretanto, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário. A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta a sua reintegração na sociedade⁸². Ademais, é de se presumir que um programa que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional, ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social⁸³.

Como é possível notar, no processo de ponderação não se atribui primazia absoluta a um determinado princípio ou direito fundamental. Ao contrário, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão do caso *Lebach*, no qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade.

Não obstante seja um dos casos de maior repercussão submetidos à Corte Constitucional alemã, o julgado acima exposto é apenas um dos inúmeros casos que alcançam os tribunais. A realidade brasileira não é diferente. São recorrentes as ações impetradas nas cortes nacionais arguindo direitos subjetivos com base em disposições ou princípios constitucionais.

O princípio da proporcionalidade é chamado de “limite dos limites” dos direitos fundamentais. É o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. De acordo com o Tribunal Constitucional alemão:

⁸² SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso *Lebach* ao caso *Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>, acessado em 20/09/2015, as 11:00.

Esse princípio, que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos⁸⁴.

Fica configurada, portanto, a concorrência de direitos quando determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais. Nessa circunstância, persiste o problema de saber qual das normas fundamentais seria aplicável e, por seu turno, a que tipo de restrição estaria o cidadão submetido - coincidência ou divergência de limitações ou restrições⁸⁵.

4.3. Dimensões do Princípio da Proporcionalidade

Pautada pelo direito alemão, a doutrina costuma apontar três dimensões aplicáveis ao princípio da proporcionalidade, de modo que seria possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos. Nesse sentido, pronunciou-se o Ministro Gilmar Mendes quando do voto em pedido de Intervenção Federal/SP, alegando que a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada a restrição a um determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio⁸⁶.

No direito alemão, o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: a) adequação, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a sua finalidade; b) exigibilidade, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; c) proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens.

Nesse sentido, diz GILMAR MENDES, ao referir-se à doutrina da Corte constitucional alemã, uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da

⁸⁴ SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 239.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

⁸⁶ STF, IF 2915-SP, rel. Min. Gilmar Mendes

proporcionalidade ou da proibição de excesso, “[...] se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”⁸⁷.

Não obstante o crivo da proporcionalidade erigido contra edições legislativas, a Corte Constitucional alemã entende que também os atos e decisões tomados pela administração e pela justiça submetem-se ao mesmo controle. Nesse ponto, significa dizer que qualquer media concreta – ainda que lastreada em dispositivo de lei, mas que afete direitos fundamentais – há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade⁸⁸. As fórmulas legislativas em geral, no que tange ao processo regulamentar, e especialmente com relação aos princípios, são compostas por grande parcela de abstração e não contém valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõe cada caso ou hipótese de aplicação.

Sobre o tema, é emblemático o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1973, e já oportunamente citado ao início do capítulo. Abstratamente consideradas, as regras da proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação in concreto das diversas normas⁸⁹.

Também os casos que envolvem o reconhecimento dos crimes de bagatela parecem reveladores da aplicação da proporcionalidade *in concreto*. São casos em que a insignificância do delito acaba por repercutir sobre a própria tipicidade da conduta⁹⁰.

4.4. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência Brasileira

Desde a introdução do princípio da proporcionalidade pelo direito comparado, são inúmeros os casos em que ele foi utilizado nos tribunais nacionais. Exemplo disso foi quando o Supremo Tribunal federal foi convocado a apreciar a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 10.248, do estado do Paraná,

⁸⁷ BVerfGE, 39:210 (230-1); MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 399-400.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 231-232.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 232.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 234.

que regulamentava e impunha certas exigências relativas à comercialização do gás GLP e que, no entendimento dos ministros, era dotada de inovações, a princípio, onerosas e de “duvidosos efeitos úteis”. A afronta ao princípio da proporcionalidade pelos dispositivos de lei, na ocasião, ensejou medida liminar que suspendeu os efeitos do referido instrumento normativo, pois acarretaria danos de incerta reparação para a economia do setor⁹¹.

Com o intuito de servir como instrumento para a solução de colisões entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade mais uma vez foi invocado pelo Tribunal Pleno quando do julgamento do HC 76.060⁹². Cuidava-se o caso sobre o risco de ofensa a direito individual, pela constrição física, uma vez que aventada a pretensão de se obrigar um dos envolvidos a realização de exame de DNA, em ação de paternidade⁹³. Nota-se aqui, verdadeiramente, a invocação da proporcionalidade como critério de ponderação entre direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos e constrangedores.

4.5. Tipos de colisão

A doutrina cogita distinguir os tipos de colisões de direitos em dois grandes grupos. São nomeadas colisões em sentido amplo aquelas pertinentes a conflitos entre direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. Nesse sentido, menciona-se as colisões em sentido amplo que, envolvem direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos ou difusos. Já na colisão de direitos em sentido estrito estão os conflitos envolvendo apenas os direitos fundamentais.

⁹¹ ADI-MC 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-10-1993. O julgamento de mérito, confirmando a medida cautelar, foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 6-3-2008.

⁹² HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Lex-STF, 237/304 (309).

⁹³ Tratou-se de uma hipótese atípica, em que o processo tinha por objetivo a pretensão de um terceiro de se ver declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação. Na ocasião, o Ministro Relator votou pela prescindibilidade da medida – a ordenação da realização do exame hematológico – buscando a exclusão da paternidade presumida, quando a evidência sobre a pretensão do autor da demanda poderia ser alcançada, se legítima, de outra forma e sem a participação do réu.

Nas colisões entre direitos fundamentais diversos assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro⁹⁴.

É possível que uma das fórmulas alvitadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia de direitos fundamentais. Vale notar, tal providência com os direitos fundamentais somente seria admissível em casos especialíssimos. Embora seja possível extrair diferentes pesos de normas constitucionais sem que isso comprometa a sua unidade como instrumento normativo, isto requer extremo cuidado, sob pena de se transformar a Carta Suprema em texto dispositivo dotado de desarmonia.

De ver-se, portanto, que a solução para a colisão entre direitos fundamentais dar-se-á à luz da situação concreta trazida ao tribunal⁹⁵.

4.6. A prova ilícita em favor do acusado

É praticamente unânime na doutrina o entendimento que admite a utilização da prova favorável ao acusado, no processo penal, ainda que colhida em afronta aos direitos fundamentais, seus ou de terceiros⁹⁶.

Segundo PACELLI, a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. De fato, “[...] *em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente*”. Conforme assinala, “*em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável*”⁹⁷.

Este posicionamento doutrinário não enfrenta maiores oposições, pois a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, uma garantia do investigado, não poderia ser utilizado para proporcionar sua injusta condenação. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 237.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 116.

⁹⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 376.

acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana⁹⁸.

Pensando na aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, tratado com primazia pela constituição e lei processual, onde impera o princípio do “*favor rei*”, adverte Francisco Torquato Avolio que tal posição é quase pacífica na doutrina e jurisprudência⁹⁹. Corretamente dispôs a Súmula 50 das mesas de processo penal da USP que “*podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa*”.

4.7. A prova ilícita contra o acusado

A questão que continua atraindo a maior atenção dos processualistas é a teoria da admissibilidade de provas ilícitas em favor da acusação - *pro societate* - no processo penal, apesar de desprestigiada, sobretudo no Brasil, pelas doutrinas mais autorizadas.

Antes da edição da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas, a 6ª Turma do STJ, quando do julgamento do HC 3.982/RJ, em 5 de dezembro de 1995, contrariou a posição do Supremo Tribunal federal em polêmico julgamento ao decidir que, havendo autorização expressa do juiz, seria factível aceitar prova obtida mediante interceptação telefônica, uma vez que, à época, a exigência constitucional de lei estabelecendo as hipóteses de restrição ao sigilo só teria lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em outro absurdo: o de que um texto feito em defesa da sociedade e do homem de bem fosse utilizado para proteger um marginal. Também acrescentou a decisão que, pelo fato de estar cumprindo pena em presídio, o condenado não teria o direito de invocar a cláusula constitucional em discussão naquele caso, pois, além de não estar em seu domicílio, a proteção constitucional não se presta a acobertar a prática de ilícitos penais.

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 375.

⁹⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

No ano 2000, passou pelo STF um interessante caso que poderia representar um divisor de águas na jurisprudência do supremo em questões probatórias.

No Recurso Extraordinário (nº 251445) interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça local, o STF foi convocado a enfrentar um caso peculiar que envolvia a violação de propriedade por particular, furto de material incriminador e a discussão sobre a admissibilidade de provas ilícitas não produzidas pelo estado. Em suma, tratou-se o caso de um dentista acusado de pedofilia, cuja prática dos crimes somente chegou ao conhecimento da autoridade policial após invasão de seu consultório odontológico e furto do material comprobatório por particular. Discutiu-se, então, se o material furtado do consultório – interpretado como extensão do domicílio do réu – poderia ser utilizado para incrimina-lo, uma vez que se tratava de prova ilícita.

Esse, pois, foi o quadro fático, dentro do qual coube analisar-se a questão concernente à ilicitude, ou não, da utilização, em juízo, pelo estado, de material fotográfico incriminador, cuja apreensão, pela polícia, no curso de investigação penal, somente ocorreu, porque entregue pelo menor adolescente que o havia furtado do consultório profissional de um do recorrido¹⁰⁰.

A controvérsia suscitada na em sede de recurso extraordinário impõe algumas reflexões em torno da relevantíssima questão pertinente ao tema da ilicitude da prova e das relações com os princípios constitucionais e os postulados legais que regem, em nosso sistema jurídico, o processo penal de condenação¹⁰¹.

Como se sabe, o processo penal condenatório, em nosso ordenamento positivo, delineia-se como estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele, antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva, deduzida pelo Estado, e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu. Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório. A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal.

¹⁰⁰ HC nº 251445, Celso de Mello.

¹⁰¹ HC nº 251445, Celso de Mello.

De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, desse modo, representa uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

Dentro desse contexto, assume relevo indiscutível o encargo processual, que, ao incidir sobre o Ministério Público, impõe-lhe o ônus de comprovar, de modo lícito, os fatos constitutivos sobre os quais repousa a pretensão punitiva do Estado. Daí a grave advertência constante do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o poder de acusar supõe o dever estatal de provar, lícitamente, a imputação penal¹⁰².

Novamente se estava diante do âmbito de atuação das autoridades públicas, sob a ótica da proteção e segurança social, em confronto com as normas de proteção da liberdade individual, no qual reside, também, o direito à intimidade. Em suma, no presente caso, pesava a discussão sobre o direito da coletividade à persecução penal ditada pelo conflito de princípios fundamentais.

Ao passo que o cidadão deve ter preservada, sempre que possível, e em máximo grau, a sua individualidade, o Poder Público, no sentido oposto, tem a prerrogativa de fazer prevalecer a ordem, afastando e coibindo, dentro do plano da legalidade, eventuais desestímulos à paz social. O desafio do juiz é buscar um ponto de equilíbrio entre o direito libertário e a salvaguarda da sociedade. A respeito do tema, advertiu INES MOREIRA SANTOS:

o direito à reserva da intimidade, não é ilimitado ou absoluto, uma vez que, a relativização das liberdades públicas constitui a têmpera necessária para manter o equilíbrio do ordenamento jurídico e o processo criminal compreende o vector que assume a responsabilidade em estabelecer uma harmonia entre as esferas das exigências comunitárias da repressão do crime - interesse social - e a proteção de liberdades fundamentais, como é o direito à intimidade - interesse individual¹⁰³.

Conforme esclarece PACELLI a respeito da proporcionalidade, não se trata, pois, “[...] *nem de ponderação de interesses nem de ponderação de valores. Estes, valores e interesses, são escolhidos pelo legislador, seja ele o constituinte ou o parlamentar*”. Segundo o autor, “*ao juiz, cabe apenas a escolha da norma mais*

¹⁰² RTJ 161/264, 265, Rel. Min. CELSO DE MELLO

¹⁰³ SANTOS, Ines Moreira. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 106.

adequada ao caso concreto". Com efeito, temos que o "[...] critério de preferencia não pode ser [...] valorativo, mas deontológico, na medida em que ambas as normas devem ser cumpridas"¹⁰⁴. O desafio está em saber qual é a mais adequada em cada caso concreto.

A denominada teoria da proporcionalidade - *"teoria da razoabilidade"* ou *"teoria do interesse predominante"* -, conforme já discutido, tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, devendo ser evitado, desse modo, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustenta a parcela da doutrina que defende a admissibilidade da prova ilícita que é preciso ponderar os interesses em disputa quando se viola uma garantia qualquer. Desse modo, na visão de NUCCI, na hipótese de um sequestro, *"[...] libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina"*¹⁰⁵.

Volta-se, pois, a dicotomia entre o interesse social e o interesse individual. O tema é essencialmente delicado por envolver posições ideológicas lastreadas na opinião pública, suscitando em muitos casos uma conduta invasiva ou ilegal do Estado, pois, em tese, alicerçado está na proporcionalidade e na razoabilidade. Com efeito, tal concepção merece ressalvas, é preciso verificar as bases da atuação proporcional sob pena de se banalizar muitas garantias constitucionais.

Por mencionar os ensinamentos de GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, lembram-nos os autores que a proporcionalidade tem como norte a intervenção mínima, a alternativa menos gravosa. O meio usado deve sempre ocasionar menor restrição possível. Nesse sentido, nos casos de imprescindibilidade da medida excepcional destinada a apurar crimes, normalmente muito gravosa ao indivíduo, deve o juiz concluir que não há outra medida apta alcançar o mesmo fim.

A disposição irrefutável da inadmissibilidade das provas ilícitas na Constituição Federal, integrando os direitos e garantias fundamentais, torna evidente a incompatibilidade da doutrina que defende o uso das provas ilícitas em favor da acusação com a carta constitucional, devido à inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas ou ilícitas. A norma

¹⁰⁴ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 374.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 344.

inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental consagrou, entre nós, com fundamento em autorizado magistério doutrinário¹⁰⁶.

Se, no entanto, como ocorreu no RE 251445/GO, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a res furtiva, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova. Assim decidiu o a corte superior ao enfrentar a questão.

Cabe referir, neste ponto, a opinião de ADA PELLEGRINI GRINOVER para quem - tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional - não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: *"A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros"*¹⁰⁷. No RE 251445/GO, o posicionamento do Ministro Celso de Melo foi no sentido de que:

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil¹⁰⁸.

Sob o ponto de vista da doutrina majoritária, o princípio da proporcionalidade não tem a prerrogativa de afastar a inadmissibilidade da prova ilícita, sobretudo para prejudicar o réu. Reforçando essa tese, LUÍS ROBERTO

¹⁰⁶ ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 60-82.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

¹⁰⁸ HC nº 251445, Celso de Mello.

BARROSO adverte que o próprio texto normativo constitucional, com a devida atenção e importância outorgada ao assunto, não permite um juízo de ponderação. Segundo o autor:

na verdade, a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita¹⁰⁹.

Nesta concepção, ainda que possível, e apesar de sugestivo, o critério de proporcionalidade, do direito alemão, por trabalhar com critérios subjetivos, podem induzir a interpretações temerárias, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.

Tecendo severa crítica ao aproveitamento da prova ilícita em desfavor do acusado, NESTOR TÁVORA argumenta que:

A proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o "bode expiatório" das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos.¹¹⁰

Após quase três décadas de vigência do texto constitucional, permanece majoritária a doutrina que defende a proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Em primeiro lugar, porque não há liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Do mesmo modo, a preocupação em fornecer uma resposta eficaz às formas mais complexas ou graves de criminalidade tem, igualmente, levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Ainda que não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal

¹⁰⁹ BARROSO, Paulo Roberto. A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas. p. 160. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406>>, acessado em 30/10/2015, às 15:00.

¹¹⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional.

5. Conclusão

A revisão histórica do instituto da prova ilícita demonstrou que o tema sempre foi tratado com intensa controvérsia pela doutrina e jurisprudência. No presente trabalho, foi possível, em última análise, reduzir a discussão a respeito da regra de exclusão em matéria criminal em algumas sentenças: como visto, trata-se, a fundo, de uma interseção entre o poder de punir do estado – refletindo neste ponto outras diversas implicações, como o interesse comunitário na resolução dos crimes e punição de seus responsáveis com vista última à pacificação social – e, de outro lado, os direitos e garantias mais importantes do homem, e não menos fundamentais para o conjunto social, tal como a intimidade, a liberdade e, em determinados ordenamentos, a própria vida.

Como visto, configura pretenciosa ingenuidade acreditar que o processo é o instrumento capaz para alcançar a verdade absoluta a respeito dos fatos. Segundo BENTHAM, “*se deve entender por prova o estabelecimento de um fato supostamente verdadeiro*”¹¹¹. Com razão, a reconstrução da realidade pela atividade probatória é tarefa das mais difíceis que se impõe ao processo penal¹¹², principalmente porque a todo instante o direito de provar vai de encontro com outras garantias não menos importantes em nosso ordenamento.

O caso *Mapp*. mostrou que o estado pode ser o maior infrator da lei, pois quando assim age provoca prejuízos muitas vezes maiores que as violações por particulares. Ele tem a seu favor a lei e o aparato do poder, revestindo seus atos de aparente legitimidade. A necessidade de se combater o crime sob o pretexto de segurança social não dispensa a observância dos ditames da lei pelas autoridades. Posição contrária somente seria possível caso se aceitasse uma justiça segundo a qual os fins justificam os meios. Em voto proferido no julgamento do HC 124253/SP, o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da Quinta Turma do STJ, defendeu que no atual estágio em que se encontra o Direito Processual Penal Brasileiro, cujo norte é a fiel obediência ao princípio do Devido Processo Legal, não se pode admitir

¹¹¹ DUMONT, Estevan. Tratado de las pruebas judiciales: retirado dos manuscritos de Jeremy Bentham. Trad. Dom José Gomez de Castro. v. 1. Madri, 1835. p. 19..

¹¹² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 673.

a infringência dos princípios e garantias constitucionais sob a justificativa de combate à criminalidade.

A grande questão no direito brasileiro sobre a regra de exclusão da prova ilícita é a proteção conferida à norma pelo legislador constituinte. Se uma discussão desse nível empreendida pelo direito norte-americano apresenta-se adequada naquele sistema jurídico, a importação dessas soluções para a doutrina nacional é altamente questionável. Com efeito, a Constituição Federal tratou expressamente da regra de exclusão no seu âmbito de garantias fundamentais, o que não ocorreu de forma explícita na constituição americana. Como visto, a *Exclusionary Rule* do direito americano nasceu de uma construção jurisprudencial em torno da interpretação da 4º Emenda, em conjunto com as demais disposições constitucionais, voltada especialmente ao controle do ímpeto das autoridades policiais no combate ao crime a qualquer custo. Neste caso, ao passo que tal regra se consolidou a partir das deliberações na Suprema Corte, após o caso *Mapp*, o próprio tribunal se encarregou de fixar limites a regra criada. No caso brasileiro, a previsão expressa da regra de exclusão da prova ilícita dificulta interpretações restritivas da norma constitucional, e prejudica fortemente eventual juízo de ponderação.

No caso do ordenamento brasileiro, parece incabível falar em flexibilização da regra de exclusão. Afinal, trata-se de um sistema jurídico que ainda caminha para uma consolidação, uma vez que muitos direitos garantidos pela ordem constitucional ainda reclamam pela eficácia. .

Embora a possibilidade de se mitigar a regra de exclusão por meio da ponderação venha ganhando adeptos na doutrina, NUCCI alerta que não é momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Segundo o autor, é necessário manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância, tornando a flexibilização da regra de exclusão possível somente no campo da excepcionalidade¹¹³.

A questão central, no entanto, consiste num ponto elementar que se coloca justamente no campo da excepcionalidade. A discussão aqui não consiste mais

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 344-345.

mitigar a proibição prova ilícita em razão da impunidade. Mas as situações como aquelas abordadas neste trabalho demonstram que a regra de exclusão automática da prova ilícita pode deixar de observar direitos com igual ou superior relevância, também garantidos pela norma constitucional. Em casos como no HC , a busca por um possível equilíbrio entre o dano ao direito violado e a consequência de se afastar a regra de exclusão poderia aproximar a resposta judicial ao caso concreto da realização da justiça. Nas palavras de BARROSO, a impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível¹¹⁴.

Paga-se um preço por se viver em um estado de direito, ele é módico e está ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao figurino legal e, especialmente, ao figurino constitucional¹¹⁵. Mas quando garantias de estimado valor se encontram em situações opostas, o ordenamento jurídico falha na solução, momento em que o objetivismo da lei dá o lugar ao subjetivismo dos homens. E o juiz, neste aspecto, tem a oportunidade de cumprir o seu papel mais importante, garantir a racionalidade exigida pelo direito. A sentença judicial sempre será um sentir, e a percepção do justo nunca deve estar ausente na aspiração do juiz.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 256

¹¹⁵ Pronunciamento do Ministro Marco Aurélio de Mello, durante entrevista no programa Roda Viva, transmitido em 19/10/2015 pela TV Cultura. Disponível em <<http://tvcultura.cmais.com.br/rodaviva/programas/marco-aurelio-mello-4>>

6. Bibliografia

ADA PELLEGRINI GRINOVER, Novas Tendências do Direito Processual, São Paulo: Forense Universitária, 1990.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. Tradução: Luís Afonso Heck. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 24, 2005.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Saraiva.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Como Nasce o Direito. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

DUMONT, Estevan. Tratado de las pruebas judiciales: retirado dos manuscritos de Jeremy Bentham. Trad. Dom José Gomez de Castro. v. 1. Madri, 1835.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LONG. Carolyn N. Mapp v. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures. University Press of Kansas, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar. Colisão de direito individuais. Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira. p. 3. Disponível em <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74>

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SANTOS, Ines Moreira. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. MIRANDA, Jorge. (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Ines Moreira. Direito Fundamental à Privacidade VS. Persecução Criminal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. MIRANDA, Jorge. (Coords.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

TÁVORA, Nestor. ASSUMPÇÃO, Vinicius. Processo Penal II: Provas – questões e processos incidentes. São Paulo: Saraiva, 2012.